Die Tragweite

der

§§ 134, 138 I B. G. B.

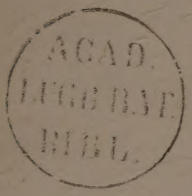
Inaugural-Dissertation,

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen



vorgelegt von

Heinrich Klusmann,
Gerichtsassessor
in
Oldenburg.

Approbiert am 18. Mai 1909.

Oldenburg.
Druckerei von Theodor Barfuß.
1909.

25

Referent: Univ.-Professor Dr. Siber.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsangabe.

Seite

Einleitung 1

1. Capitel: Die Tragweite des § 134 B. G. B. 3

1. Die Bedeutung der Gesetzesworte: „wenn sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergibt“ 5

2. Wann verstösst „das Rechtsgeschäft“ gegen ein gesetzliches Verbot? 6

a. die bisherige Litteratur 6

b. Stellungnahme dazu 7

Das B. G. B. prüft den Inhalt der rechtsgeschäftlichen Erklärungen 7

c. der Inhalt besteht in der Bewirkung einer Rechtsänderung und der Festsetzung ihrer causa 10

d. die Geltung dieses Inhalts läuft dem Gesetze zuwider, wenn . . 12

1. das Gesetz gerade den Inhalt verbietet 13

a. das Gesetz wendet sich ausdrücklich gegen den Inhalt . . 13

b. das Gesetz wendet sich seinem Wortlaut nach nur gegen einen der Beteiligten; dasjenige, was das Gesetz verhindern will, bildet aber gerade den Inhalt 14

c. diejenigen Gesetze, die den Inhalt für den Regelfall nicht verbieten 16

2. das Rechtsgeschäft das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des Inhalts liegenden verbotenen Zweckes bildet 18

3. das Rechtsgeschäft das Produkt einer verbotenen Handlungsweise bildet 23

2. Capitel: Die Tragweite des § 138 I B. G. B. 27

1. Die Bedeutung der „guten Sitten“ 28

a. Moral oder Sitte? 28

b. Moral oder Egoismus der Gesellschaft? 29

c. Die Bedeutung der Anschauungen einzelner Kreise oder Landesteile 31

2. Wann verstösst „das Rechtsgeschäft“ gegen die guten Sitten? . . . 34

a. Die bisherige Litteratur 34

b. Stellungnahme dazu 41

Das B. G. B. prüft, ob die Geltung des Inhalts des Rechtsgeschäfts die Unsittlichkeit fördert und mit den guten Sitten unvereinbar ist, d. h. ob

1. der Inhalt als solcher unsittlich ist 44

2. das Rechtsgeschäft das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des Inhalts liegenden unsittlichen Zweckes bildet 46

3. das Rechtsgeschäft das Produkt der Anwendung unsittlicher Mittel ist 50

Seite

3. Capitel: Die Anwendbarkeit der §§ 134, 138 I B. G. B. auf abstrakte Rechtsgeschäfte 59
1. Der Begriff der abstrakten Rechtsgeschäfte 59
a. im allgemeinen 59
b. Wann ist ein Rechtsgeschäft im Einzelfalle abstrakt? 60
c. die eigentliche causa im Gegensatz zu der anerkannten Schuld 61
2. Aus der weiteren Erörterung ausscheidende Fälle 62
3. Die eigentliche Streitfrage 64
a. bei zeitlichem Auseinanderfallen des abstrakten und des zu Grunde liegenden causalen Rechtsgeschäfts 64
Die bisherige Litteratur 64
Die praktischen Unterschiede zwischen beiden Ansichten 65
Stellungnahme zu ihnen 67
Lässt sich das römische Recht für unsere Ansicht verwerten? 69
Die Quellenstellen 69
Die bisherigen Auslegungsversuche 71
Stellungnahme dazu nach einer Prüfung des Begriffs exceptio 71
Das Resultat im einzelnen 75
b. bei zeitlichem Zusammenfallen 75
Die bisherige Litteratur und Stellungnahme dazu 76
Schluss 78

Litteraturübersicht.

Ackermann in den Beiträgen zur Erläuterung des deutschen Rechts Bd. 44 S. 589 ff.
Allgemeine Oesterreichische Gerichtszeitung.
Archiv für bürgerliches Recht.
Archiv für die civilistische Praxis.
Arndts, Lehrbuch der Pandekten.
Bähr, die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 3. Auflage.
v. Bar im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 52.
Baum im Gewerbegericht Bd. 8 S. 17 ff.
Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt.
Blume in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 38.
Bolze, die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen.
Brinz, Lehrbuch der Pandekten.
Canstein, Lehrbuch des Wechselrechts, 1890.
Collatz in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 40.
— Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung, ein Beitrag zum Recht des B. G. B. 1899.
Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, 3. Auflage.
Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts.
Denkschrift zum Entwurf des B. G. B.
Dernburg, das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preussens.
— Pandekten.
Deutsche Juristenzeitung.
Eck, Vorträge über das Recht des B. G. B.
Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts.
— Über die civilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht, Leipzig, 1887.
Enneccerus, Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin.
Enneccerus und Lehmann, das bürgerliche Recht.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen.
Entwurf des B. G. B. für das deutsche Reich. Erste Lesung, 1888.
Erlanger, der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 B. G. B. mit § 817 B. G. B
Fischer-Henle, B. G. B. Handausgabe 1898.
Förster im Recht 1905 S. 356 ff.
Fuld in Seuffert's Blättern für Rechtsanwendung Bd. 64 S. 171 ff.
Gaius, Instit. Jur. Civilis.
Gareis, Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil, 1900.

Gesetz und Recht, Volkstümliche Zeitschrift für Rechtspflege.
Das Gewerbegericht.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten.
Gradenwitz, die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte. Berlin, 1887.
Gruchot's Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts.
Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht.
Hachenburg, das B. G. B. für das deutsche Reich. Vorträge.
Hänel im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 12 S. 408 ff.
Haidlen, B. G. B. nebst Einführungsgesetz mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, 1897.
Halbe, Hatte und hat ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot immer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge? Diss. Erlangen, 1906.
Hanseatische Gerichtszeitung.
Hartmann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 224 ff.
Heise, die Anwendung der §§ 134, 138 B. G. B. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte des Sachen- und Obligationenrechts. Diss. Rostock, 1902.
Hellmann, Vorträge über das B. G. B. für das deutsche Reich. Allgemeiner Teil, 1897.
— im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 90.
Hölder, Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil, 1900.
— im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 74.
— in der deutschen Juristenzeitung 1908 S. 46 ff.
Jakobi in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41.
v. Jhering's Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Rechts.
— der Zweck im Recht, 1886.
Jmmelen, das Schuldversprechen nach dem gemeinen Recht und dem B. G. B. Diss. Erlangen. 1899.
Josef im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20.
Isay, die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B. G. B. 1899 (in Fischer's Abhandl.)
Juristische Wochenschrift.
Kindel, das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund, 1892.
Klingmüller, der Begriff des Rechtsgrundes. 1901.
— das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. 1903.
Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 1 und 5.
Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. 1898.
— das B. G. B. für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetz, Bd. 1. 1899.
— die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Beziehung auf die wichtigsten Begriffe und Institute des Civilrechts. Juristische Wochenschrift 1896 S. 221 ff, 263 ff.
— in der Juristischen Wochenschrift 1902 S. 646.
Laurent, Principes de droit civil I.
Lehmann in der deutschen Juristenzeitung 1900 S. 169 ff.
Lenel in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 19.
— im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 73 und 79.
— Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen, 1876.

Leonhard, der allgemeine Teil des B. G. B. 1900.
v. Liszt, Deliktsobligationen.
Lotmar, die causa.
— der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. 1896.
Matthiass, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts I. 1900.
v. Mayr, die Bereicherungsansprüche des deutschen bürgerlichen Rechts. 1903.
Mitteis in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 28.
Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich. 1888.
Neubecker im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 22.
Neumann, Handausgabe des B. G. G. für das deutsche Reich, 1900.
Oertmann, Kommentar zum B. G. B. Allgemeiner Teil 1908.
— „ „ „ Recht der Schuldverhältnisse 1906.
— in der deutschen Juristenzeitung 1900 S. 107, 1902 S. 105 ff, 1903 S. 325 ff.
— in Grünhut's Zeitschrift Bd. 21 S. 741 ff.
— in der Allgemeinen Österreichischen Gerichtszeitung 1897 S. 249 ff.
Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905.
Planck, das B. G. B. nebst Einführungsgesetz.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B.
Puchta, Pandekten, 9. Auflage.
— Vorlesungen, 5. Auflage.
— Institutionen.
Ravit im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 58.
Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte, herausgegeben von Falkmann und Mugdan.
Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts.
Regelsberger, Pandekten. 1893.
Rehbein, das B. G. B. mit Erläuterungen. 1899.
Rümelin im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 97.
Sächsisches Archiv für bürgerliches Recht und Prozess.
v. Salpius, Novation und Delegation nach römischem Recht, 1864.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts.
— das Obligationenrecht.
Scherer, die Gesetzgebung des deutschen Reichs.
Schlossmann, Zur Lehre vom Zwange, 1874.
Schröder, Über die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht. Diss. Breslau.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte.
— Blätter für Rechtsanwendung.
Sintenis, Civilrecht, 3. Auflage.
Sohm, Institutionen, 1899.
Stammler, die Lehre vom richtigen Recht, 1902.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch.
— Kommentar zur Wechselordnung.
v. Staudinger, Kommentar zum B. G. B.
Steinbach, die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung. 1898.
— in der deutschen Juristenzeitung 1899 S. 47 ff.

Strohal in Jhering's Jahrbüchern Bd. 27.
Thon, Rechtsnorm und subjektives Recht.
v. Tuhr, Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen, 1903.
v. Vangerow, Lehrbuch der Pandekten, 7. Auflage.
Vogel, der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. Diss. Leipzig.
Voigt, Über die condictiones ob causam und über causa und titulus im allgemeinen, 1862.
Wächter, das Wechselrecht, 1883.
— Würt. Privatrecht.
Warneyer, Jahrbuch der Entscheidungen.
Wendt im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 89.
Weyl, Verschuldensbegriffe.
Windscheid, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung, 1850.
— Lehrbuch des Pandektenrechts.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zitelmann, das Rechtsgeschäft im Entwurf eines B. G. B.

Einleitung.

Die vorliegende Arbeit hat die Tragweite der §§ 134, 138 I B. G. B. zum Gegenstande.

Sie lauten:

§ 134. Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein Anderes ergibt.

§ 138 I. Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig.

Beide Paragraphen haben das gemeinsam, dass sie Auswüchsen im Rechtsverkehr entgegen treten und ihnen den Schutz der Rechtsordnung entziehen. Während diese es im allgemeinen dem Willen des Handelnden überlässt, ob und wie er ein Rechtsgeschäft abschliessen will, greift sie doch insofern in den Rechtsverkehr ein, als sie einmal bestimmte Voraussetzungen aufstellt und von ihrem Vorhandensein den Eintritt der Rechtswirkung abhängig macht (Gebotsgesetze), und als sie zweitens gewissen Handlungen und ihren Rechtswirkungen von vornherein entgegentritt (Verbotsgesetze). Zu den Verbotsgesetzen in diesem Sinne gehören beide Paragraphen.

Dagegen unterscheiden sie sich nach dem Grunde, weswegen die bezweckte Rechtswirkung verhindert wird.

Auf Grund des § 134 tritt aus den verschiedensten Gründen eine Nichtigkeit ein. Teils handelt es sich um Rücksichten auf das allgemeine Wohl, insbesondere um sociale und sittliche Erwägungen, teils um rechtspolizeiliche Gründe. Immer aber ist Voraussetzung, dass ein ausdrückliches gesetzliches Verbot vorliegt. Der § 138 I dagegen beurteilt jedes Rechtsgeschäft nach dem jeweiligen sittlichen Volksbewusstsein ohne Rücksicht darauf, ob dieses in gesetzlichen Bestimmungen zum Ausdruck gekommen ist oder nicht, und —

soweit die sittlichen Anschauungen im Laufe der Zeit wechseln — auch ohne Rücksicht darauf, ob es bereits zur Zeit des Erlasses des Gesetzes im Volke lebendig war oder sich erst später entwickelt hat (vgl. S. 79).

So einschneidende Bedeutung beide Paragraphen hiernach haben, so sind sie doch keineswegs scharf umgrenzt und bergen viele Zweifelsfragen in sich.

In den beiden ersten Abschnitten soll die Tragweite beider Paragraphen im allgemeinen untersucht werden, der dritte enthält eine Prüfung der Frage, inwieweit sie auf abstrakte Rechtsgeschäfte Anwendung finden.

1. Capitel.

Die Tragweite des § 134 B. G. B.

Bevor der § 134 im einzelnen untersucht wird, ist kurz auf das frühere Recht einzugehen.

Das römische Recht unterschied je nach der Wirkung der Verbotsgesetze auf Rechtsgeschäfte leges perfectae, bei denen der Rechtsakt ungiltig war, leges plus quam perfectae, bei denen der Handelnde ausserdem auch bestraft wurde, leges minus quam perfectae, deren Übertretung die Giltigkeit des Rechtsaktes nicht berührte, den Täter aber strafbar machte, und leges imperfectae, bei denen auch nicht einmal eine Bestrafung eintrat. Dabei war es Sache der richterlichen Auslegung, festzustellen, zu welcher Gruppe das einzelne Verbot gehörte.

Dieser Rechtszustand, nach dem jedem Verbotsgesetze die Wirkung erteilt werden konnte, die seinem Zwecke am meisten zu entsprechen schien, erfuhr durch die Kaiserkonstitution von Theodosius und Valentinian — l 5 C 1. 14 — eine Änderung. Sie bestimmte, dass alle Rechtsgeschäfte, welche gegen ein gesetzliches Verbot verstossen, mögen sie direkt oder auf Umwegen (in fraudem legis) etwas Verbotenes zu erreichen suchen, nichtig sein sollten. Auf Grund dieser Bestimmuug nahm die herrschende Lehre[1]) im gemeinen Recht an, dass die einem Verbotsgesetze zuwiderlaufenden Rechtsgeschäfte nichtig seien, soweit nicht in dem Gesetze selbst eine andere Folge der Übertretung festgesetzt war. Voraussetzung war nur, wie das Reichsgericht in ständiger Praxis betont hat, dass sich das Verbotsgesetz gegen das Rechtsgeschäft

[1]) Vgl. Savigny System des heutigen römischen Rechts Bd. IV § 203, Glück Ausführliche Erläuterung der Pandekten I S. 97 ff., IV S. 212 ff, Brinz Lehrbuch der Pandekten I § 20 zu Aum. 5, IV § 588 I. 2, Puchta Pandekten I § 67 Ab, die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts Bd. 17 382, Seuffert's Archiv Bd. 1 No. 196, 2 No. 162, Entscheid. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 5 S. 127 f, 16 S. 106, 17 S. 300.

als solches richtete; es genügte nicht, dass einer der Beteiligten sich durch besondere Verhältnisse, durch Art und Zweck seiner Beteiligung straffällig machte[1]).

Dieser Lehre gegenüber führte Endemann[2]) aus, die erwähnte Kaiserkonstitution enthalte lediglich eine Auslegungsregel, jedes Verbotsgesetz sei auf seinen Sinn und Zweck hin zu untersuchen, und es werde die Auslegungsregel schon dann entkräftet, wenn sich bei dieser Prüfung eine mildere Wirkung als dem Zwecke des Gesetzes und mithin als dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers entsprechend ergebe, gleichgiltig, ob sie im Gesetz zum Ausdruck gebracht sei oder der Gesetzgeber selbst die civilrechtlichen Folgen garnicht habe regeln wollen; nichtig sei ein Rechtsgeschäft nur dann, wenn es in seiner Verbotswidrigkeit die Grundlagen der bürgerlichen Rechtsordnung verletze, sodass das Verbot seine Vernichtung bewirken müsse.

Endemann's Ansicht, der sich u. a. Dernburg[3]) und das Oberlandesgericht Braunschweig[4]) angeschlossen haben, hat sich aber keine allgemeine Anerkennnng zu verschaffen vermocht.

Entsprechend diesem Stande der Lehre beim Inkrafttreten des B. G. B. haben wir bei der Auslegung des § 134 zwei Fragen zu prüfen:

1. Schliesst sich das B. G. B., indem es eine Nichtigkeit nur dann verhängt,

   »wenn sich nicht aus dem Gesetze ein Anderes ergibt«,

   der von Endemann aufgestellten Ansicht an, nach der der § 134 nur dann zur Anwendung kommen würde, wenn auch eine Prüfung des Zweckes des Gesetzes zu keinem Ergebnis geführt hat, oder bedeutet der citierte Passus nicht vielmehr eine Bestätigung der schon im gemeinen Recht überwiegenden Lehre, dass die Nichtigkeit aus § 134 überall dort Platz greift, wo das Verbotsgesetz nicht selbst die zivilrechtlichen Folgen regelt? und
2. Wann verstösst »das Rechtsgeschäft« als solches gegen das Verbotsgesetz?

---

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts Bd. 18 221, ähnlich Bd. 17 305.

[2]) Über die civilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht. Leipzig 1887.

[3]) Pandekten I § 31.

[4]) Seuffert's Archiv 49 Nr. 10.

1.

Was die erste Frage angeht, so wird sie auch für das Gebiet des B. G. B. verschiedentlich[1]) im Sinne Endemann's beantwortet.

Dem stehen aber der Wortlaut des § 134 („aus dem Gesetze") und seine Entstehungsgeschichte entgegen. Die „Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. für das deutsche Reich"[2]) bemerken ausdrücklich, dass in dem § 105 des ersten Entwurfs, welcher nur in hier nicht interessierenden Punkten von der heutigen Fassung abweicht, die herrschende Lehre des gemeinen Rechts acceptiert werde, und lassen somit erkennen, dass die Worte „aus dem Gesetze" absichtlich gewählt sind, um die erwähnte Streitfrage in dem von der herrschenden Lehre vertretenen Sinne zur Entscheidung zu bringen. Bei den späteren Beratungen ist hiergegen von keiner Seite Widerspruch erhoben, und es ist somit die herrschende Auffassung in das Gesetz übergegangen.

Dass diese Ansicht überall dort zu einem auffallenden Ergebnis führt, wo die Nichtigkeit über den Zweck des Verbotsgesetzes hinausgeht, der Gesetzgeber aber gleichwohl es unterlassen hat, die Giltigkeit des gegen das Verbot verstossenden Rechtsgeschäfts besonders hervorzuheben, ist nicht zu verkennen. Diese Erwägungen können aber de lege lata nicht massgebend sein. Zudem kommt dieser Fall bei neueren Gesetzen kaum vor, da diese in der Regel die civilrechtlichen Folgen einer Zuwiderhandlung selbst bestimmen, sei es ausdrücklich, sei es, dass sich aus dem Gesetze und den Materialien der Gesetzgebungsfaktoren ergibt, dass die im Gesetze normierten Folgen der Zuwiderhandlung (z. B. die Bestrafung des Zuwiderhandelnden) ausschliessliche sein sollen.

Die gegenteilige Ansicht führt übrigens zu dem weit weniger annehmbaren Resultat, dass bei jedem Verbotsgesetz nicht bloss die Frage, ob ein Geschäft giltig oder ungiltig ist, sondern auch die nach dem Grade der Ungiltigkeit (Nichtigkeit, Anfechtbarkeit

---

[1]) Vergleiche Endemann Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 1899 I § 9, Gareis-Oertmann Kommentar zum B. G. B. zu § 134, Entscheidung des Oberlandesgerichts Karlsruhe in der deutschen Juristenzeitung Bd. 8, S. 58, Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 58, S. 280. Halbe „Hatte und hat ein Verstoss gegen ein gesetzliches Verbot immer die Nichtigkeit eines Rechtsgeschäfts zur Folge?" Erlanger Dissertation 1906, S. 40.

[2]) Bd. I. S. 210.

u. s. w.) nach dem Zwecke des Gesetzes und dem mutmasslichen Willen des Gesetzgebers zu beantworten sein würde. Der Vorbehalt („wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt") würde hiernach die Nichtigkeitsandrohung des § 134 nahezu bedeutungslos machen und bewirken, dass ein wenig sicherer Rechtszustand eintreten würde, während er nach den Motiven zum ersten Entwurf nur einer „gegenteiligen Absicht" des Verbotsgesetzes Rechnung tragen soll [1]).

2.

Der Schwerpunkt des § 134 liegt in der zweiten Frage, wann das Rechtsgeschäft als solches gegen ein Verbotsgesetz verstösst.

a.

Es stehen sich hier zwei Ansichten gegenüber:

Die eine Richtung lässt es von Bedeutung sein, ob das Verbotsgesetz sich gegen beide Teile wendet oder nur gegen einen von ihnen. Zunächst sind hier die Motive zum ersten Entwurf [1]) und das Reichsgericht [2]) zu erwähnen, welche diesen Gesichtspunkt zwar nicht allein entscheidend sein lassen (vgl. unten S. 7), welche aber doch als Regel den Satz aufstellen, dass ein Rechtsgeschäft jedenfalls dann giltig sei, wenn das Verbot nur den einen Teil treffe. Beispielsweise sei ein Vertrag, durch den sich jemand vom Mitbieten bei öffentlichen Versteigerungen abhalten lässt, auch im Bereiche des § 270 des preussischen Strafgesetzbuches giltig, denn dieser reprobiere nur die Tätigkeit des einen Kontrahenten, nicht den Vertrag als solchen. Vor allem aber gehört Jsay [3])[4]) zu dieser Gruppe, dessen Lehre in dem Satze gipfelt:

„Das Rechtsgeschäft ist stets dann giltig, wenn es mindestens eine nicht deliktische Willenserkläruug enthält, (jedoch macht eine verbotswidrige causa bei causalen Rechtsgeschäften das ganze Rechtsgeschäft nichtig, während im Gegensatz hierzu

---

[1]) Bd. I. S. 210.

[2]) Vgl. insbesondere Entsch. in Civilsachen Bd. 60, S. 273, sowie Seuffert's Archiv Bd. 43 Nr. 9.

[3]) Die Willenserklärung im Tatbestande des Rechtsgeschäfts nach dem B. G. B. für das deutsche Reich 1899 S. 108.

[4]) Vgl. ferner Oertmann Kommentar zum B. G. B. § 134 Anm. 2 b.

bei abstrakten Rechtsgeschäften die verbotswidrige causa ohne Einfluss auf den Bestand des Rechtsgeschäfts ist)". –

Die andere Richtung dagegen unterscheidet, ob das Rechtsgeschäft selbst vom Gesetz reprobiert ist oder nur die Umstände, unter denen, und die Absicht, in der es geschlossen wurde. Nicht jedes Rechtsgeschäft, bei dessen Vornahme gegen ein Verbot verstossen werde, sei nichtig, sondern nur ein solches, bei dem die Willenserklärung als solche verboten sei[1]). Z. B. sei eine Veräusserung von Vermögensstücken, welche entgegen dem Verbot des § 288 St. G. B. in der Absicht vorgenommen wird, bei einer drohenden Zwangsvollstreckung die Befriedigung des Gläubigers zu vereiteln, als solche vom Gesetz nicht reprobiert und daher giltig.

b.

Bei einer Stellungnahme zu diesen Ansichten ist von dem Wortlaut des § 134 auszugehen. Wenn er bestimmt:

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig, ..."
und nicht:

„Ein Rechtsgeschäft, bei dessen Abschluss gegen ein gesetzliches Verbot verstossen wird, ist nichtig, ...",
so bringt er damit sum Ausdruck, dass nicht jeder beim Abschluss eines Rechtsgeschäfts begangene Verstoss,[2]) nicht jede verbotene Willensrichtung auf die Giltigkeit von Einfluss sein soll, dass vielmehr zum Eintritt der Nichtigkeit erforderlich ist, aber auch genügt, dass der Charakter des Rechtsgeschäfts selbst durch die Zuwiderhandlung beeinflusst wird. Nicht die Person des Erklärenden, sondern dasjenige, was erklärt wird, unterliegt der Kritik.

---

[1]) So die herrschende Meinung, vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 6 170, 44 292, 51 401 f, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 5, S. 105, Sächsisches Archiv für deutsches bürgerl. Recht und Prozess Bd. 13, S. 257, Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 5, S. 231, Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum B. G. B. Bd. I, S. 29 f, das B. G. B. Anm. zu § 134, in der juristischen Wochenschrift 1896, S. 263 ff, Dernburg, das bürgerliche Recht, Bd. I § 123.

[2]) wie z. B. das Betteln bei Empfangnahme einer Schenkung.

Aus dieser Objektivierung des Tatbestandes des § 134, einer Erscheinung, der wir übrigens auch sonst begegnen,[1]) folgt zunächst, dass zum Eintritt der Nichtigkeit eine verbotswidrige Willensrichtung nicht notwendig ist[2]) und der § 134 auch Platz greifen kann, wenn keinen der Beteiligten ein Vorwurf trifft. So tritt bei einer Veräusserung, die entgegen einem absoluten Veräusserungsverbot vorgenommen wird, sogar dann Nichtigkeit ein, wenn weder der Veräusserer noch der Erwerber den Sachverhalt — z. B. die Beschlagnahme des veräusserten Gegenstandes — kannten[3]),[4]). Hieraus ergibt sich zugleich, dass die Frage, ob ein Rechtsgeschäft nichtig ist oder nicht, von der Zahl der in einem Rechtsgeschäft enthaltenen deliktischen Willenserklärungen unabhängig und die oben erwähnte, insbesondere von Jsay vertretene Ansicht, die hierauf Gewicht legt, unrichtig ist. Einen Beleg hierfür bilden auch die landesgesetzlichen Verbote des Erwerbs von Bergwerken oder Kuxen u. s. w. durch Beamte[5]), die auch dann Platz greifen, wenn der Veräusserer die Beamteneigenschaft des Erwerbers nicht kennt[6]), sowie der § 31 der Rechtsanwaltsordnung. Verstösst ein Rechtsanwalt bei der Erteilung eines Rats gegen diese Bestimmung, so ist der auf Erteilung dieses Rats gehende Dienstvertrag nichtig[7]), auch wenn dem Auskunftsuchenden der Sachverhalt unbekannt ist. Wesentlich ist das Vorliegen einer verbotswidrigen Willensrichtung nur dort,

---

[1]) Z. B. hat gerade das B. G. B. die gemeinrechtliche Streitfrage, ob bei einem Rechtsgeschäft der Wille oder die Erklärung das Ausschlaggebende ist, ob eine Willenserklärung dem wirklichen Willen des Erklärenden entsprechen muss (Willenstheorie), oder ob sie auch bindend ist, wenn der Erklärende sie nicht abgeben wollte (Erklärungstheorie), in weitgehender Annäherung an die Erklärungstheorie entschieden. Wenn der Erklärende seine Erklärung nicht unverzüglich anficht, so ist sie von etwaigen Willensmängeln unabhängig (abgesehen von dem Falle des § 118 B. F. B.)

[2]) Vgl. auch Weyl Verschuldensbegriffe § 45 I.

[3]) Vgl. Wendt im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 89 S. 1 ff und die zahlreichen Entscheidungen in den Entscheidungssammlungen über verbotswidrige Veräusserung von Mündelgut, von litigiosen Sachen usw.

[4]) Eine ähnliche Erscheinung bildet auch der § 935 I B. G. B., der an abhanden gekommenen Sachen keinen Rechtserwerb stattfinden lässt, auch wenn beiden Teilen unbekannt war, dass der Gegenstand dem Eigentümer abhanden gekommen war.

[5]) Vgl. v. Staudinger Kommentar zum B. G. B. 2. Aufl. Anm. 7 zu §134.

[6]) Vgl. Hellmann im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 90 S. 431.

[7]) Vgl. Josef im Archiv für Bürgerliches Recht Bd. 20 S. 48.

wo das einzelne Verbotsgesetz ausdrücklich dies Erfordernis in den gesetzlichen Tatbestand aufgenommen hat[1]), und ferner, wo es gilt, die Folgen eines nach § 134 verbotenen Rechtsgeschäfts rückgängig zu machen und den an dem Verstoss nicht beteiligten Vertragsteil, der sich auf die Giltigkeit des Vertrages verlassen hat, zu entschädigen (§§ 817, 307, 309 B. G. B.).

Zweitens folgt aus der oben dargelegten Objektivierung des Tatbestandes des § 134, dass auch die oben an zweiter Stelle aufgeführte Ansicht nicht in allen Punkten richtig ist. Insofern ist ihr beizutreten, als sie es nicht auf den rein formellen Gesichtspunkt, ob beide Contrahenten an der Verbotswidrigkeit beteiligt sind oder nur einer von ihnen, abstellt, sondern betont, dass bei jedem einzelnen Verbotsgesetz zu untersuchen ist, ob es sich gegen das Rechtsgeschäft selbst wendet. Nicht richtig ist es dagegen, wenn diese Frage mit der andern idenficiert wird, ob der Grund des Verbotsgesetzes in dem Rechtsgeschäfte selbst und seinem Inhalt, oder ob er in den das Rechtsgeschäft im einzelnen Falle begleitenden Umständen und dem mit ihm verfolgten Zweck liegt. Diese Identificierung lässt sich aus dem Gesetze nicht begründen; es wird dabei verkannt, dass die besonderen Umstände des Einzelfalls sehr wohl den Charakter des Rechtsgeschäfts selbst beeinflussen können. Beispielsweise liegt in dem erwähnten Falle des § 288 St. G. B. der Grund des gesetzlichen Verbots nicht in der Veräusserung als solcher, sondern darin, dass sie trotz Drohens einer Zwangsvollstreckung und in der Absicht, den Gläubiger zu benachteiligen, erfolgt. Gleichwohl kann nicht zweifelhaft sein, dass der § 288 St. G. B. auch die Veräusserung selbst, durch die gerade der missbilligte Erfolg der Benachteiligung des Gläubigers herbeigeführt wird, verhindern will, jedenfalls, wenn auch der Vertragsgegner sich als Teilnehmer strafbar gemacht hat. Der Vertrag, der nach dem Willen beider Teile das Mittel zur Erreichung des missbilligten Erfolges bildet, wird vom Gesetz auch selbst missbilligt (vgl. 1. Cap. unter 2 d 2)[2]). Dass der § 134 auch ausserhalb des

[1]) z. B. sind Verträge wegen Verstosses gegen § 36 des Patentgesetzes nur dann nichtig, wenn sie unter wissentlicher Verletzung fremder Patentrechte geschlossen sind. Vgl. die Entscheidung des Reichsgerichts in der Juristischen Wochenschrift 1902 533.

[2]) Eine andere Frage ist es, ob eine solche Veräusserung, weil sich aus dem Anfechtungsgesetz und den §§ 29 ff der Konkursordnung »ein Anderes« ergibt, nicht etwa nur anfechtbar ist. Die Prüfung dieser Frage liegt nicht im Rahmen dieser Arbeit.

eigentlichen Inhalts des Rechtsgeschäfts liegende Umstände berücksichtigt wissen will, ergibt sich übrigens auch aus seiner Entstehungsgeschichte. Der § 105 des 1. Entwurfs lautete:

»Ein Rechtsgeschäft, dessen Vornahme durch das Gesetz verboten ist, ist nichtig . . . . .«

und erwähnte die Rechtsgeschäfte mit verbotenem Inhalt nicht. Später wurde die heutige Fassung gewählt, aber nicht, um die Rechtsgeschäfte, deren Vornahme verbotswidrig ist, auszuscheiden, sondern, weil die heutige Fassung besser zum Ausdruck bringt, dass der Paragraph beides umfassen will[1]).

c.

Bei der Prüfung der Frage, wann der Charakter eines Rechtsgeschäfts durch eine Verbotswidrigkeit beeinflusst wird, ist zunächst zu untersuchen, aus welchen Bestandteilen sich der Inhalt eines Rechtsgeschäfts zusammengesetzt.

Jede rechtliche Willenserklärung ist in erster Linie auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, einer Veränderung in der bestehenden Rechtslage, gerichtet. Diese bildet daher den Mittelpunkt eines jeden Rechtsgeschäfts[2]).

[1]) Vgl. die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. I 123.

[2]) Bestritten ist hierbei nur, ob sich der Erklärende der rechtlichen Wirkungen seiner Erklärung bewusst sein muss (Wirkungswille), oder ob es zum Vorliegen eines Rechtsgeschäfts genügt, dass der Erklärende den Willen, eine bestimmte Erklärung abzugeben, hat (Erklärungswille). Die Litteratur siehe bei Brinz-Lotmar Lehrbuch der Pandekten § 524 Anm. 1. Namentlich weist Lenel (Ihering's Jahrbücher für Dogmatik Bd. 19 S. 154—253) darauf hin, dass im täglichen Leben der Wirkungswille in den seltensten Fällen vorhanden sei, meist sei der Wille nicht auf Hervorbringung eines rechtlichen, sondern eines wirtschaftlichen oder gesellschaftlichen Erfolges gerichtet. Das Richtige trifft die vermittelnde Ansicht, die insbesondere von Enneccerus (Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin S. 18 f, ähnlich Endemann Über die civilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze nach gemeinem Recht S. 74, Rümelin im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 97 S. 243, 268) vertreten wird; nach dieser genügt es, wenn der Wille des Erklärenden den erfahrungsgemäss mit dem Rechtsgeschäft verbundenen nächsten rechtlichen Erfolg »in praktischer Anschauung«, d. h. wie er im praktischen Leben in die Erscheinung tritt, erfasst. Dies ist mehr als das blosse Wollen der gesellschaftlichen und wirtschaftlichen Folgen. Eine rein gesellschaftliche Verpflichtung wird z. B. bei dem Versprechen, pünktlich zum Skat zu kommen, bezweckt, bei einem Zahlungsversprechen dagegen geht der Parteiwille hierüber hinaus und bezweckt einen Zustand, wie ihn nur die Rechtsordnung schaffen kann. Im übrigen genügt es auch hier (vgl. oben S. 8 Anm. 1), wenn dieser Wille nach dem Verhalten des Erklärenden und dem Inhalt seiner Erklärung als vorhanden angenommen werden muss.

Mit der Bewirkung dieser Veränderung ist aber der Inhalt der meisten Geschäfte nicht erschöpft, sie sind nicht Selbstzweck, sondern bilden das Mittel zur Erreichung eines weiteren Erfolges. Namentlich gilt dies von den Vermögenszuwendungen. Die Vermehrung des einen und Verminderung des andern Vermögens erfolgt nicht um ihrer selbst willen, sondern, um dem Empfänger der Zuwendung eine Schenkung zu erweisen, um einen Gegenanspruch zu erlangen (Kauf), um eine Forderung des Empfängers zu befriedigen (Zahlung) oder um sie sicherzustellen (Hingabe eines Wechsels). Die Erreichung dieses Zweckes gehört zur inneren Vollendung des Rechtsgeschäfts, und es bildet daher die Festsetzung dieses Zweckes einen weiteren wesentlichen Bestandteil der meisten Geschäfte. Die Beteiligten können hierbei ausdrücklich bestimmen, in welcher Weise der Eintritt des Zweckes auf die Giltigkeit der Zuwendung von Einfluss sein soll. Es haben sich aber auch gewisse Typen von Rechtsgeschäften ausgebildet, welche den nächstliegenden Zweck, die causa ohne Weiteres berücksichtigen, wenn nur die Parteien darüber einig sind, dass ein Geschäft dieser Art geschlossen sein soll. Kauft jemand z. B. eine Sache, so ist er, ohne dass dies besonders bestimmt zu werden braucht, zur Zahlung des Preises nur dann verpflichtet, wenn auch die Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung der Ware rechtsbeständig ist,[1]) und hat er zur Tilgung seiner Schuld den Kaufpreis bereits bezahlt, so ist — wenn seine Schuld nicht zu Recht bestand — die Eigentumsübertragung an den einzelnen Geldstücken zwar nicht ungiltig, er kann aber den Kaufpreis gemäss § 812 B. G. B. zurückfordern (vgl. 3. Capitel am Anfaug). Weiter zurückliegende Zweckvorstellungen dagegen finden stets nur dort Berücksichtigung, wo sie ausdrücklich (in der Form einer besonderen Verpflichtung, Bedingung oder Auflage) zu Geschäftsbestandteilen erhoben sind.

Andernfalls handelt es sich um einseitige, vom Gegner nicht acceptierte Motive, die selbst dann irrelevant sind, wenn sie dem Gegner bekannt gegeben oder doch erkennbar waren.[2])

---

[1]) Über den Unterschied zwischen diesem bedingungsähnlichen Verhältnis und einer eigentlichen Bedingung vgl. Endemann Lehrbuch des bürg. Rechts 6. Aufl. I § 198 Anm. 16.

[2]) Gegen die weitergehende Lehre Windscheid's (Lehrbuch des Pandektenrechts I §§ 97 ff, II § 423, die Lehre des römischen Rechts von der Voraussetzung 1850) vgl. Lenel im Archiv f. d. civil. Praxis Bd. 73 und 79, Entsch.

d.

Bei der weiteren Prüfung, wann nun der in seinen Hauptbestandteilen mitgeteilte Inhalt eines Rechtsgeschäfts durch eine Verbotswidrigkeit beeinflusst wird, fehlt im Gesetz jeder Anhalt. Der § 134 regelt nur die Folgen eines Verstosses, er bestimmt aber nicht, wann ein solcher Verstoss vorliegt. Der Ausgleich, der hier zwischen der Tendenz, möglichst alle Geschäfte, bei denen eine verbotene Handlungsweise im Spiele ist, in ihren Wirkungen zu vernichten, und dem Bedürfnis des Verkehrs, den unbeteiligten Vertragsgegner zu schützen, zu treffen ist, ist nach Vorstehendem auf folgender Basis zu suchen. Es genügt nicht, dass das Geschäft in einem äusserlichen Abhängigkeitsverhältnisse zu der Verbotswidrigkeit steht der Art, dass es ohne die verbotenen Tatumstände nicht zustandegekommen wäre. Kauft jemand z. B. unter Verletzung der Vorschriften über die Sonntagsruhe Esswaren und würde er den Kauf zu einer anderen Zeit nach Beendigung der Sonntagsruhe infolge Wegfalls des Bedürfnisses nicht geschlossen haben, so wird der Charakter der durch das Rechtsgeschäft geschaffenen Vermögensverschiebung hierdurch noch nicht beeinflusst. Nichtigkeit tritt vielmehr nur dort ein, wo infolge des Verstosses die Geltung des Inhalts des Rechtsgeschäfts dem Gesetze zuwiderläuft, und dies ist dann anzunehmen, wenn entweder das Gesetz gerade den Inhalt als verbotswidrig missbilligt (1),
oder wenn das Geschäft (mag auch der Inhalt als solcher einwandfrei sein) lediglich das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des Inhalts liegenden verbotenen Erfolges bildet (2),
oder wenn es durch verbotene Mittel, durch eine verbotswidrige Ausnutzung der Lage des andern Teils zustandegekommen ist und der Inhalt des Rechtsgeschäfts mithin die Handhabe bildet, um diese Ausnutzung zu verwirklichen (3).

---

des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 24 170 f und für das Gebiet des. B. G. B. die Protokolle der Kommmission f. d. 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. II 688 ff.

1.

Bei der ersten Gruppe, bei der das Gesetz den Inhalt als solchen missbilligt, sind verschiedene Möglichkeiten denkbar. Es kann einmal die geschaffene Rechtsänderung schon als solche verboten sein, indem eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vorgenommen oder versprochen wird, welche vom Gesetz untersagt ist oder doch infolge eines gesetzlichen Verbots nicht unter Rechtszwang gestellt werden darf. Es kann aber auch die Beziehung zwischen der Rechtsänderung und ihrer causa dem Gesetze zuwiderlaufen, indem die (an sich vielleicht einwandfreie) Rechtsänderung das Entgelt für ein Verhalten bildet, welches entweder selbst verboten ist oder doch von Gesetzes wegen nicht in einer solchen Abhängigkeit stehen darf. Es verspricht z. B. jemand einem Beamten eine Summe unter der Bedingung, Auflage oder Gegenverpflichtung, dass dieser eine pflichtgemässe oder pflichtwidrige Handlung vornimmt (§§ 331 f St. G. B.). Unerheblich ist hierbei (wie auch bei den späteren Gruppen), aus welchen Gründen das Verbot erlassen ist. Es können sittliche und soziale Gründe und auch rein polizeiliche Erwägungen massgebend gewesen sein. Der Grund kann ferner in dem Inhalt des Geschäfts liegen, wie z. B. bei einer Bestechung, oder in Umständen, die mit dem eigentlichen Inhalte nichts zu tun haben, wie im Falle des § 31 der Rechtsanwaltsordnung (vgl. S. 14). Endlich ist auch unerheblich, ob beide Teile oder nur einen von ihnen ein Vorwurf trifft. Voraussetzung ist nur, dass das Gesetz den Inhalt selbst missbilligt.[1])

a. Dies kann einmal in der Weise geschehen, dass das Gesetz sich ausdrücklich gegen den Inhalt und nicht blos gegen einen der Beteiligten wendet, und dem stehen die Fälle gleich, wo in Ermangelung einer ausdrücklichen Bestimmung eine sinngemässe Auslegung des Gesetzes zu demselben Resultat führt. Man denke z. B. an das Verbot des § 1310 B. G. B., welcher bestimmt:

> »Eine Ehe darf nicht geschlossen werden zwischen Verwandten gerader Linie . . .«

---

[1]) Vgl. über die Frage, inwieweit ein Verbot auch die zur Umgehung des Gesetzes geschlossenen Geschäfte trifft, Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 42 43 ff und 44 103 ff.

und ebenso reprobiert der Artikel 32 der deutschen Reichsverfassung, welcher lautet:

»Die Mitglieder des Reichstags dürfen als solche keine Besoldung beziehen,«

den zweiseitigen Akt des Gebens und Nehmens und richtet sich, wie sich aus der Entstehungsgeschichte und dem Zwecke des Gesetzes ergibt [1]), nicht allein gegen die Reichstagsmitglieder, sondern auch gegen den Inhalt der auf ihre Besoldung hinzielenden Verträge [2]).

b. Die zweite Möglichkeit ist die, dass sich das Verbotsgesetz an und für sich nur gegen einen der Beteiligten wendet, dass aber dasjenige, was das Gesetz verhindern will, gerade den Inhalt des Geschäftes bildet In diesen Fällen kann der Wille des Gesetzes nur dahin gehen, dass auch der Geschäftsinhalt, die Rechtsänderung verboten sein soll.

Als Beispiele seien folgende Bestimmungen erwähnt:

1. § 270 des preussischen Strafgesetzbuchs, welcher lautet: Wer andere vom Mitbieten oder Weiterbieten bei den von öffentlichen Behörden oder Beamten vorgenommenen Versteigerungen — — durch Zusicherung oder Gewährung eines Vorteils abhält, wird — — bestraft.
2. § 31 der Rechtsanwaltsordnung, welcher bestimmt: Der Rechtsanwalt hat seine Berufstätigkeit zu versagen:
   1. wenn sie für eine pflichtwidrige Handlung in Anspruch genommen wird,
   2. wenn sie von ihm in derselben Rechtssache bereits einer andern Person im entgegengesetzten Interesse gewährt ist,
   3. wenn er sie in einer streitigen Angelegenheit gewähren soll, an deren Entscheidung er als Richter teilgenommen hat.
3. Artikel 41 § 2 des Gesetzes für das Herzogtum Olden-

---

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civils. Bd. 16 88 ff.

[2]) Besonders weitgehende Beispiele bilden ferner die zu § 51 I des Börsengesetzes ergangene Reichgerichtsentscheidung (Deutsche Juristenzeitung 1901 S. 73: vgl. dagegen Apt im Archiv f. bürg. Recht Bd. 19 S. 227 ff) und die zum Reichsgesetz vom 16 März 1886 betr. die Herstellung des Nord-Ostseekanals ergangene Entscheidung des Reichsgerichts in der Entscheidungssammlung Bd. 68 S. 358 ff.

burg betr. die Förderung der Pferdezucht, welcher u. a. einen Hengsthalter bestraft, der ein niedrigeres Deckgeld, als vom Staatsministerium bestimmt ist, annimmt.

4. Die landesgesetzlichen Verbote des Spielens in auswärtigen, nicht genehmigten Lotterien,[1]) des Erwerbs von Bergwerken oder Kuxen durch Bergbeamte usw.

In allen diesen Fällen verbietet das Gesetz eine Handlungsweise, die gerade den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildet, nämlich das Versprechen einer Entschädigung für das Nichtmitbieten, die Erteilung eines Rates, dessen Unparteilichkeit u. a. in Frage gestellt ist, die Annahme eines zu niedrigen Deckgeldes, die Beteiligung von Inländern an auswärtigen, nicht genehmigten Lotterien, von Bergbeamten an Bergwerksunternehmungen usw., und es ist daher auch der Inhalt des Rechtsgeschäfts verboten — vorbehaltlich der Entscheidung der Frage, ob etwa das Verbotsgesetz selbst eine andere Folge als die der Nichtigkeit anordnet (vgl. oben S. 5 f)[2]). — Dass das Verbot in die Form eines nur gegen einen der Beteiligten gerichteten Strafverbots gekleidet ist, ist unerheblich.

Die herrschende Lehre kommt in diesen Fällen durchweg zu einem anderen Resultat[3]), sie verkennt aber unseres Erachtens, dass sich die verbotene Handlungsweise nicht von dem Inhalte des Rechtsgeschäfts trennen lässt, und dass es somit ein Widerspruch ist, wenn in diesen Fällen der Inhalt des Rechtsgeschäfts für nicht verboten erachtet wird, in denen die verbotene Handlungsweise gerade den Inhalt bildet. Die Verbotswidrigkeit beeinflusst in

---

[1]) Vgl. über die Bedeutung einer in einem Bundesstaat erteilten Genehmigung für die anderen Bundesstaaten Oertmann, Kommentar zum B. G. B. § 763 Anm. 1.

[2]) Dies ist z. B. bei dem § 270 des preuss. St. G. B. der Fall, welcher mit dem Erlass der Strafbestimmungen die Wirkungen einer Zuwiderhandlung ausschliesslich hat regeln wollen. Vgl. Entsch. des R. G. in Civilsachen Bd. 60 273 ff.

[3]) Vgl hinsichtlich des § 270 des preuss. St. G. B. die vereinigten Civilsenate des Reichsgerichts in den Entsch. in Civilsachen Bd. 60 273 ff entgegen früheren Entscheidungen (z. B. in der Juristischen Wochenschrift 1902 407), hinsichtlich des Spielens in auswärtigen Lotterien Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 17 305, Dernburg, das bürgerliche Recht Bd. I § 123, entgegen Oertmann, Kommentar zum B. G. B. § 763 Anm. 2. Hinsichtlich des § 31 der Rechtsanwaltsordnung nimmt Josef (Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 48) ebenfalls Nichtigkeit an.

diesen Fällen notwendig nicht nur die Willenserklärung des gegen das Verbot Verstossenden, sondern den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts, auch wenn der Vertragsgegner sich keines Verstosses gegen das Verbot schuldig macht.

c. Den unter a und b behandelten Verbotsgesetzen steht die grosse Gruppe derjenigen gegenüber, bei denen ein Verstoss im allgemeinen den Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht beeinflusst. Wenn z. B. der § 361 St. G. B. das Betteln mit Strafe bedroht, so wird dadurch die dem Bettler gegenüber erfolgte Schenkung nicht eine verbotene; ein unter Verletzung der Stempelgesetze zustandegekommenes Rechtsgeschäft ist darum nicht nichtig; Rechtsgeschäfte, die gegen die Sonntagsruhe verstossen, sind gleichwohl giltig, und dasselbe gilt von solchen, die in einer Kirche unter Störung des Gottesdienstes (§ 167 St. G. B.) geschlossen werden; giltig sind endlich auch Rechtsgeschäfte, die in einem obrigkeitlich nicht genehmigten Gewerbebetrieb[1]) geschlossen werden. Bei allen diesen Rechtsgeschäften ist nicht ihr Inhalt verboten, missbilligt wird vielmehr nur die Vornahme oder Nichtvornahme gewisser Handlungen gelegentlich des Abschlusses des Rechtsgeschäfts, durch die der Inhalt nicht beeinflusst wird, z. B. das Betteln, die Nichtverwendung eines Stempels, die Nichtachtung der Sonntagsruhe und der Ruhe des Gottesdienstes, die Nichteinholung der obrigkeitlichen Erlaubnis zum Gewerbebetrieb. Der Unterschied zeigt sich namentlich bei den auf dem Gebiet des Lotteriewesens ergangenen Verboten. Schliesst jemand einen Spielvertrag mit einer Lotteriegesellschaft ab, welche keine Genehmigung zum Vertriebe ihrer Lose besitzt, so ist der Inhalt des Vertrags verboten; kauft jemand dagegen ein Los einer genehmigten Lotterie von einem keine Koncession besitzenden Kollekteur, so ist der Vertragsinhalt einwandfrei. Während im ersteren Falle Rechtsgeschäfte solchen Inhalts verhindert werden sollen, beanstandet die Rechtsordnung den Inhalt in dem zweiten Falle nicht, sie will nur verhindern, dass eine Person ohne Koncession aus Geschäften der fraglichen Art ein Gewerbe macht.

Zweifel bestehen nur dort, wo ausnahmsweise die verbotene Handlungsweise in engerer Beziehung zum Inhalt des Rechtsgeschäfts steht. Dies ist z. B. der Fall, wenn ein Kaufmann, auf dessen Geschäftsbetrieb die Vorschriften über die Sonntags-

---

[1]) Vgl. deutsche Juristenzeitung Bd. 8 58, das Recht Bd. 10 370.

ruhe zur Anwendung kommen, sich verpflichtet zu einer nach Tag und Stunde genau bestimmten Zeit, einer Zeit, die unter die Sonntagsruhe fällt, in seiner Verkaufsstelle dem Vertragsgegner Waren käuflich zu übergeben, oder wenn in einer solchen Verkaufsstelle während der Sonntagsruhe ein Kauf mit der Abrede sofortiger Übergabe der Ware geschlossen wird. Die herrschende Lehre, welche die oben unter c angeführten gesetzlichen Verbote aus dem Anwendungsbereich des § 134 deswegen ausscheidet, weil „der offensichtliche Zweck des Gesetzes nicht dahin gehe die durch das verbotene Geschäft eintretende Rechtsänderung zu verhindern, sondern die Handlung selbst als ein der öffentlichen Ordnung zuwiderlaufendes Ereignis" zu kennzeichnen[1]), und weil daher sich aus dem Gesetze selbst eine andere Folge als die der Nichtigkeit ergebe, muss folgerichtig annehmen, dass der Verkäufer in beiden Fällen gezwungen werden kann, die Ware zu der bestimmten Zeit bezw. sofort ungeachtet der Sonntagsruhe zu übergeben. Es würde höchstens aus § 138 Nichtigkeit eintreten können[2]). Indes ist auch die Anwendung des § 138 hier nicht unbedenklich, da Zuwiderhandlungen gegen die öffentliche Ordnung, insbesondere gegen Polizeigesetze nicht ohne Weiteres auch gegen die guten Sitten verstossen. Andererseits aber kann es kaum zweifelhaft sein, dass ein Zwang zur Erfüllung der Vertragspflicht und damit zur Verletzung von Verbotsgesetzen nicht besteht. So bestimmte auch schon das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten[3]):

Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärungen niemand verpflichtet oder berechtigt werden.

Der Grund der Ungiltigkeit dieser Verpflichtung besteht darin, dass die Zuwiderhandlung hier den Inhalt des Rechtsgeschäfts bildet und diese Fälle der oben unter b behandelten Gruppe angehören. Dem steht nicht entgegen, dass eine Übertretung der betreffenden Verbotsgesetze erst mit der erfolgten Zuwiderhandlung und nicht schon mit der Verpflichtung, sie zu übertreten, begangen ist. Denn mit dem Erlass eines Verbotsgesetzes bringt die Rechtsordnung zur Genüge zum Ausdruck,

---

[1]) Vgl. v. Staudinger Kommentar zum B. G. B. zu § 134.

[2]) Vgl. Schröder Über die verbotenen Rechtsgeschäfte nach heutigem Recht, Breslau, Dissertation S. 78.

[3]) Vgl. I 4 § 6.

dass sie alles missbilligt und verbieten will, was auf die Herbeiführung der verbotenen Handlungsweise hinzielt. Der Unterschied von den unter b behandelten Fällen besteht nur darin, dass in den beiden erwähnten Beispielen nicht der gesamte Inhalt des Rechtsgeschäfts verboten ist, sondern nur die Abrede, dass der Verkäufer zur Lieferung der Ware zu der festgesetzten Zeit verpflichtet sein soll. Der übrige Inhalt, dass nämlich der Käufer für die rechtzeitig gelieferte Ware den Preis zahlen soll, ist einwandfrei, und ist daher der Käufer, wenn ihm die Ware rechtzeitig geliefert wird, nicht berechtigt die Zahlung des Preises deswegen zu verweigern, weil der Vertrag in seiner Gesamtheit nichtig sei. Wiederum aber kann der Käufer aus einer nicht pünktlichen Lieferung keine Schadenersatzansprüche herleiten.

2.

Das Resultat der bisherigen Ausführungen gipfelt darin, dass ein Rechtsgeschäft verboten ist, wenn es gerade dasjenige, was das Gesetz verhindern will, zum Inhalt hat, während in den übrigen Fällen sein Charakter durch eine verbotene Handlungsweise nicht berührt wird. Hiervon sind zwei Ausnahmen zu machen.

Einmal bilden Rechtsgeschäfte oft das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des eigentlichen Inhalts liegenden verbotenen Erfolges und zielen somit — auch wenn dessen Erreichung nicht zur Bedingung und damit zum Inhalt des Geschäfts erhoben ist — auf ein ungesetzliches und verbotenes Ergebnis ab. Die Beurteilung solcher Fälle ist nicht mit der Feststellung abgetan, dass der Inhalt des Geschäfts nicht verboten ist, denn der § 134 lautet nicht:

„Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt . . .“, sondern

„Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstösst, ist nichtig . . . .“, und es greift daher der § 134 überall Platz, wo der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts ein verbotener ist. Die Geschäfte mit verbotenem Inhalt bilden nur eine Unterart der verbotswidrigen Geschäfte überhaupt.

Damit ein Zweck den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts, d. h. der durch dasselbe geschaffenen Veränderung der Rechtslage

beeinflusst, ist erste Voraussetzung, dass der Zweck objektiv durch das Geschäft gefördert wird (vgl. hierüber auch 2. Cap. unter 2b). Hinzukommen muss zweitens, dass das Rechtsgeschäft als solches und nicht bloss einer der Beteiligten diesen Zweck verfolgt. Ein Rechtsgeschäft verfolgt in erster Linie nur die aus seinem Inhalt sich ergebenden Zwecke. Weiteren Zwecken dient es nur, wenn sich alle Personen, die bei ihm beteiligt sind, auch an der Verfolgung dieser Zwecke beteiligen. In diesem Falle bildet auch das Rechtsgeschäft als solches nichts als ein Werkzeug zur Erreichung dieser Zwecke, und kann es, wenn ein solcher verboten ist, nicht Aufgabe des Richters sein, die Rechtslage unter den Teilnehmern zu regeln und gar den gezogenen Gewinn zu verteilen. Solche Geschäfte sind vielmehr gemäss § 134 nichtig[1]). In Übereinstimmung hiermit bestimmte auch schon das allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten[2]):

Unter den Teilnehmern an einer gesetzwidrigen Handlung entstehen daraus weder Rechte noch Pflichten.

Dieses Postulat der Beteiligung aller Teile an der Verbotswidrigkeit ist um so wichtiger, als eine Übertreibung des Princips, möglichst alle Wirkungen einer verbotenen Handlungsweise zu vernichten, Nachteile mit sich bringen würde, die nicht im Verhältnis zu der vorliegenden Verletzung der Rechtsordnung stehen[3]). Es würde der an der Verbotswidrigkeit Unbeteiligte in ungerechter Weise benachteiligt und die Verkehrssicherheit gefährdet werden.

Handelt es sich um Verträge, so sind diese nach Vorstehendem nur dann verboten, wenn der Vertragsgegner an der Verfolgung des verbotenen Zweckes als Mittäter oder Gehilfe beteiligt ist. Es verleiht z. B. jemand einen Revolver, um dem Empfänger die Ausführung eines Mordes zu ermöglichen, oder es werden Vermögensstücke unter Verletzung des § 288 St. G. B. veräussert, und der Empfänger macht sich der Teilnahme schuldig[4]). Dasselbe gilt auch, wenn jemand — ein Fall, der allerdings wohl dem Gebiet

---

[1]) Vgl. Lohnar Der unmoralische Vortrag Anm, 105 und 237, sowie I 7 D 48 9.

[2]) Vgl. I 3 § 36.

[3]) Vgl. Endemann Über die civilrechtlichen Wirkungen der Verbotsgesetze S. 124.

[4]) Vorbehaltlich der Frage, ob dies Geschäft etwa nur anfechtbar ist.

des § 138 angehört — zur Belohnung für die Begehung eines Verbrechens dem Täter eine Schenkung macht. Vorausgesetzt, dass man die Vornahme solcher remuneratorischen Schenkungen überhaupt eine unsittliche Handlung nennen kann [1]), so beeinflusst dieser Zweck auch den Charakter der Vermögensverschiebung als solcher, da auch den Empfänger ein Vorwurf trifft. Wird das Geschenk dagegen den Erben des Täters gemacht, die den Zusammenhang nicht kennen, so ist ihre Annahmeerklärung nicht deliktisch oder unmoralisch, und ist die Schenkung daher giltig. Die Erben vertrauen auf die Giltigkeit des Geschäfts und müssen in diesem Vertrauen, welches vielleicht schon dazu geführt hat, dass sie über den geschenkten Gegenstand weiter verfügt haben, bevor sie den Zusammenhang erfahren, geschützt werden.

Dieselben Grundsätze finden bei der Beurteilung einseitiger Rechtsgeschäfte Anwendung. Was zunächst die empfangsbedürftigen angeht, so bestehen sie aus der Erklärung des einen Teils und der Empfangnahme dieser Erklärung durch den Gegner. Die Empfangnahme ist ein rein passiver Vorgang, da der Empfänger auf das Zustandekommen des Geschäfts ohne Einfluss ist, und ist es daher begrifflich ausgeschlossen, dass er sich an der Verfolgung des Zweckes beteiligt, und damit auch, dass der Charakter der durch das Geschäft bewirkten Rechtsänderung durch die Verbotswidrigkeit des Zweckes des Erklärenden beeinflusst wird. Die empfangsbedürftigen Rechtsgeschäfte, z. B. eine Kündigung, die ein Generalbevollmächtigter lediglich zu dem Zwecke vornimmt, um seinen Vollmachtgeber durch das Leerstehen der gekündigten Wohnungen zu schädigen (§ 266 St. G. B.), sind daher stets giltig, selbst wenn der Empfänger der Willenserklärung den Zweck billigt. — Wenden wir uns sodann den nicht empfangsbedürftigen Rechtsgeschäften zu, so bestehen sie lediglich in der Willenserkläruug einer Person und sind von deren Standpunkt aus lediglich ein Werkzeug ihrer Zwecke. Der Charakter der Rechtsänderung, der Vermögensverschiebung als solcher aber wird durch diesen einseitigen Zweck in den seltensten

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in der Jurist. Wochenschrift 1905 640, Entsch. des Kammergerichts und des Oberlandesgerichts Dresden in der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 13 Seite 317 nnd 319.

Fällen[1]) beeinflusst, vielmehr handelt es sich meist um Zuwendungen, bei denen die Person des Empfängers ebensosehr in Betracht kommt wie die des Zuwendenden, und deren Charakter man daher nur beurteilen kann, wenn man weiss, ob der Empfänger an der Verbotswidrigkeit Anteil hat. Prüft man von diesem Gesichtspunkt aus die einzelnen Geschäfte, so ergibt sich, dass z. B. eine Stiftung stets giltig ist, weil die neu geschaffene juristische Person und ihre Organe auf das Zustandekommen der Zuwendung keinen Einfluss haben und an der Verfolgung verbotener Zwecke (z. B. der Benachteiligung der Gläubiger) unbeteiligt sind. Eine letztwillige Verfügung dagegen, die z. B. zum Zwecke der Belohnung für ein Verbrechen errichtet ist, ist nur giltig, wenn dem Bedachten aus der Nichtausschlagung der Zuwendung kein Vorwurf gemacht werden kann. — Einen eigenartigen Charakter haben die Auslobungen und die Inhaberpapiere. Das Rechtsgeschäft der Auslobung und auch das der Ausstellung eines Inhaberpapiers enthalten keine fertige Zuwendung, und es lässt sich ihr Charakter erst beurteilen, wenn die Person des Berechtigten feststeht Bei der Auslobung ist die rechtliche Konstruktion die, dass die Rechte aus derselben durch das Vorhandensein eines Berechtigten bedingt sind. Die Vornahme der Handlung, für welche die Belohnung ausgesetzt ist, bringt erst die Rechte zur Entstehung und entscheidet auch darüber, ob der Charakter dieser Rechte, der bis dahin in der Schwebe war, ein verbotener ist. Läuft die Vornahme der Handlung dem Recht oder den guten Sitten zuwider, indem der Betreffende sich an den Zwecken des Auslobenden beteiligt, so ist die Giltigkeit der Auslobung in gleicher Weise mit dem Recht und den guten Sitten unvereinbar wie die eines Vertrages, durch den für die ausgelobte Handlung eine Belohnung versprochen wird. Hat beispielsweise jemand für die Anfertigung einer wissenschaftlichen Arbeit eine Belohnung ausgesetzt und beabsichtigt er diese Arbeit als Dissertation einzureichen, so ist er zur Zahlung verpflichtet,

---

[1]) Beispielsweise wird der Charakter der Aneignung durch die Zwecke des Aneignenden ohne Weiteres beeinflusst. Man denke z. B. an die Aneignung eines Bordellgrundstücks durch den Staat lediglich zwecks Fortsetzung des Bordellbetriebes. Die Aneignung ist aber in solchen Fällen aus einem anderen Grunde gleichwohl giltig, da sie ein abstraktes Rechtsgeschäft bildet der Art, dass Umstände, die ausserhalb des Inhalts des Rechtsgeschäfts liegen, ihre Giltigkeit überhaupt nicht berühren.

wenn ein Unbeteiligter die Arbeit angefertigt hat. Dagegen kann jemand, der den Sachverhalt kannte und die Arbeit nur angefertigt hat, um dem Auslobenden bei der Erreichung der Doktorwürde behilflich zu sein, den Schutz des Gerichts nicht in Anspruch nehmen. — Dasselbe würde von der Ausstellung eines Inhaberspapiers gelten, wenn dieses Rechtsgeschäft nicht begrifflich abstrakt und von Umständen, die ausserhalb seines Inhalts liegen, völlig unabhängig wäre. Der Erwerb des Rechtes aus dem Papier durch einen Dritten bildet ein von dem Kreationsakt vollständig getrenntes zweites Rechtsgeschäft, und eine Beteiligung des Erwerbers an den Zwecken des Auslobenden beeinflusst nicht den Kreationsakt, sondern nur den Begebungsvertrag und dessen Wirkungen.

Es bleibt nur noch zu prüfen, ob die vorstehende Auslegung des § 134 etwa mit dem § 3 des Gesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkurses vom 21. Juli 1879 unvereinbar ist. Derselbe erklärt »Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen hat,« nur für anfechtbar, und man könnte nun einwenden: in dieser Bestimmung zeige sich, dass ein verbotener Zweck allein ein Rechtsgeschäft nicht nichtig mache; dass das Rechtsgeschäft nicht vollgiltig, sondern anfechtbar sei, sei allein dem in den besonderen Umständen begründeten Ausnahmecharakter dieses Gesetzes zu verdanken[1]). Dieser Gedankengang kann indes nicht als richtig anerkannt werden. Dass die zum Nachteile der Gläubiger geschlossenen Geschäfte nnr anfechtbar sind, hat seinen Grund darin, dass die Rechtsordnung sie nicht so sehr aus Gründen der allgemeinen Wohlfahrt und der Sittlichkeit als im Interesse der benachteiligten Gläubiger missbilligt, und dass daher, wenn letztere das Geschäft nicht anfechten, kein Grund besteht, dieses für ungiltig zu erklären. Die Eigenart des Anfechtungsgesetzes liegt nicht darin, dass die dagegen verstossenden Rechtsgeschäfte ausnahmsweise nicht vollgiltig, sondern dass sie ausnahmsweise nicht nichtig sind, und es bildet daher dieses Gesetz einen Beleg nicht gegen, sondern für unsere Ansicht, indem es

---

[1]) So Vogel „Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B.“ S. 48 f auf dem Gebiete des § 138.

zeigt, dass Rechtsgeschäfte gegen eine Verbotswidrigkeit des mit ihnen verfolgten Zweckes nicht unempfindlich sind.

3.

Die zweite der oben (S. 18) erwähnten Ausnahmen bilden diejenigen Rechtsgeschäfte, die lediglich das Produkt einer verbotenen Handlungsweise sind (vgl. S. 12). Es gehören hierhin zunächst diejenigen Geschäfte, bei denen jemand auf verbotene Weise, z. B. durch eine arglistige Täuschung oder Drohung zur Abgabe seiner Willenserklärung veranlasst ist, ferner aber auch diejenigen, bei denen die Verbotswidrigkeit nur darin besteht, dass jemand die ohne seine Beeinflussung zustandegekommene Willenserklärung des Gegners annimmt, trotzdem er weiss, dass dieser nur durch seine augenblickliche Lage (beim Wucher z. B. infolge seiner Notlage usw.) zur Abgabe seiner Erklärung veranlasst ist, und trotzdem das Gesetz eine solche Ausbeutung verbietet.

Die hauptsächlichsten Fälle der Anwendung solcher verbotenen Mittel bilden der Betrug, die Nötigung und der Wucher, deren civilrechtliche Folgen indes durch die §§ 123, 138 II B. G. B. ausschliesslich geregelt sind.

Weitere Beispiele bietet die heutige Gesetzgebung[1]) kaum noch, und so hat die Frage, ob die Anwendung verbotener Mittel ein Rechtsgeschäft nichtig machen kann, wenig praktische Bedeutung. Theoretisch interessiert sie aber gleichwohl, weil sie auch auf dem Gebiete des § 138 wiederkehrt und dort von grösserer Bedeutung ist, sie dort aber bei der gleichlautenden Fassung der beiden Paragraphen ebenso wie hier zu beantworten ist.

Es ist einmal zu prüfen, ob sich hier das Verbotsgesetz überhaupt gegen die durch das Rechtsgeschäft geschaffene Rechtsänderung wendet. Dies ist u. E. zu bejahen[2]). Denn wenn es sich auch seinem Wortlaute nach nur gegen das Benehmen einer

---

[1]) Aus der früheren Gesetzgebung würden die vielfachen landesrechtlichen Verbote der Ausnutzung der Angetrunkenheit eines andern zu erwähnen sein. So verbietet z. B. die Jeversche Verordnung vom 25. Oktober 1745, authentisch interpretiert durch die Zerbster Landesherrliche Verordnung vom 25. Juni 1805, jegliches Contrahieren mit einem Angetrunkenen in einer Wirtschaft, da dies auf eine „Bevorteilung und Berückung" des Angetrunkenen abziele. Sie bestimmt auch ausdrücklich, dass solche Contrakte nichtig sein sollen.

[2]) A. M. z. B. Oertmann Bürgerliches Gesetzbuch § 134 Anm. 2 b a.

Partei beim Abschluss des Geschäfts richtet (vgl. §§ 240, 253ff., 263 ff., 301 ff. St. G. B.), so liegt doch der Grund des Verbots nicht in dem rechts- oder moralwidrigen Charakter dieser Handlungsweise als solcher, sondern darin, dass mit ihr eine Ausbeutung des Gegners (seines Irrtums, Leichtsinns usw.) erstrebt und diese gerade durch den Inhalt des Rechtsgeschäfts verwirklicht wird. Die Ausbeutung kann darin bestehen, dass der Beeinflusste zum Abschluss eines geradezu nachteiligen Geschäfts veranlasst wird (z. B. zum Verkauf einer Sache unter dem wirklichen Werte). Aber auch wenn das Geschäft an und für sich nicht nachteilig ist, liegt doch insofern eine Ausbeutung vor, als der Beeinflusste ohne die verbotene Handlungsweise des Gegners das Geschäft überhaupt nicht abgeschlossen haben würde.[1])

In beiden Fällen missbilligt das betreffende Verbotsgesetz das Rechtsgeschäft aber nicht wegen seines Inhalts als solchen, sondern wegen der begleitenden Umstände, weil es eine Ausbeutung des einen Teils enthält, und so fragt es sich zweitens, wann diese verbotene Nebenwirkung den Gesamtcharakter des Geschäfts zu einem verbotenen macht. Dies ist dann nicht der Fall, wenn die Beeinflussung nicht durch eine der Parteien, sondern durch einen Dritten erfolgt. Denn dann handelt von den Parteien keine deliktisch, und es bildet die Tatsache der Ausbeutung ein rein einseitiges Moment, dessen Berücksichtigung rechtspolitisch auch das Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsschutz für den unbeteiligten Vertragsgegner entgegensteht[2]). Vielmehr ist die Annahme, dass die Rechtsordnung das Rechtsgeschäft selbst verbieten will, nur dann begründet, wenn der gesamte rechtsgeschäftliche Tatbestand ein Produkt der Verbotswidrigkeit und das Rechtsgeschäft mithin auch nichts als das Mittel und Werkzeug zur Erlangung der erstrebten Rechtsänderung bildet, der der Gegner unter andern Umständen nicht zugestimmt haben würde, und die ihn insofern ausnutzt. Dieses trifft aber dann zu, wenn die Beeinflussung oder sonstige Ausnutzung von der Gegenpartei

---

[1]) Vorausgesetzt, dass das betreffende Gesetz nicht blos (wie das Wucherverbot) solche Beeinflussungen usw. verbietet, die einen Vermögensschaden im Gefolge haben.

[2]) Abgesehen von den rein einseitigen Rechtsgeschäften wie der Aneignung (vgl. S. 21, Anm. 1).

ausgeht. Zwar ist auch in diesem Falle die Willenserklärung des Ausgenutzten nicht deliktisch. Indes kommt es, wie wir schon oben (S. 8) darzulegen versucht haben, nicht auf die Zahl der in einem Rechtsgeschäft enthaltenen deliktischen Willenserklärungen (vgl. auch § 138 II B. G. B.), sondern auf den Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts an, und dieser ist hier, wenn anders es überhaupt zulässig ist, zur Beurteilung eines Rechtsgeschäfts nicht blos dessen Inhalt, sondern die gesamten Tatumstände heranzuziehen (vgl. S. 18), ein verbotener, denn das Rechtsgeschäft besteht hier lediglich aus der Erklärung des Ausgebeuteten und aus der des Ausbeuters und dient nur dazu, letzterem den erstrebten Erfolg der Ausbeutung des Gegners zu sichern.

Hiernach kann es sich nur fragen, ob etwa aus dem Umstande, dass das B. G. B. die Hauptfälle — die arglistige Täuschung, die Drohung und den Wucher — selbst regelt, gefolgert werden muss, dass die Anwendung verbotener Mittel im allgemeinen keine civilrechtlichen Wirkungen nach sich zieht. Hierbei kommt in Betracht, dass die §§ 123, 138 II B. G. B. einerseits und der § 134 daselbst andererseits von verschiedenen Gesichtspunkten ausgehen. Der § 138 II verfolgt das wucherliche Geschäft und die Handlungsweise des Wucherers nicht so sehr wegen ihrer Verbotswidrigkeit als wegen ihrer Unsittlichkeit, und der § 123 prüft überhaupt nicht, welche Wirkungen das Rechtsgeschäft hat, sondern greift überall ein, wo eine Beeinträchtigung der Freiheit des Willensentschlusses durch Drohung oder arglistige Täuschung vorliegt, gleichgiltig, ob der Gesamtcharakter des Geschäfts dadurch beeinflusst wird oder nicht. Nicht die Verbotswidrigkeit der Handlungsweise des Ausbeutenden und des durch ein solches Rechtsgeschäft geschaffenen Erfolges, sondern die Lage des Ausgebeuteten, die Unfreiheit seines Willensentschlusses bildet den Grund der Bestimmung des § 123. So erklärt es sich, dass der § 123 auch dort das Recht gibt, das Rechtsgeschäft anzufechten, wo die Drohung von einem beim Abschlusse des Rechtsgeschäfts Unbeteiligten ausgeht. Weiter hängt hiermit auch zusammen, dass der § 123 bei der arglistigen Täuschung über den Tathestand des strafrechtlichen Betrugs hinausgeht. Würde er die Folgen einer Zuwiderhandlung gegen das Verbot des § 263 St. G. B. regeln wollen, so würde er, da der Betrug vom Straf-

gesetzbuch als ein Delikt gegen das Vermögen und nicht gegen die persönliche Freiheit aufgefasst wird, nur eingreifen, wo eine Vermögensbeschädigung vorliegt. Bei dieser Verschiedenheit zwischen den §§ 123, 138 II und dem § 134 ist die aufgeworfene Frage zu verneinen.

Eine andere Frage aber ist es, ob dort, wo bei einem Rechtsgeschäfte die Voraussetzungen des § 123 und des § 134 vorliegen, Nichtigkeit oder nur Anfechtbarkeit eintritt. Es stehen sich dann zwei Bestimmungen gegenüber, die beide (wenn auch von verschiedenen Gesichtspunkten aus) denselben Tatbestand regeln, und ist die nächstliegende Auffassung daher die, dass in diesen Fällen der § 123 als lex specialis vorgeht. Demgegenüber kann dem Umstande, dass hiernach Drohung und arglistige Täuschung ein Rechtsgeschäft nur anfechtbar machen, während in den übrigen Fällen, welche vielfach weniger schwer liegen werden, Nichtigkeit eintritt[1]), kein entscheidendes Gewicht beigelegt werden, denn Nichtigkeit und Anfechtbarkeit bilden lediglich verschiedene Grade der Ungiltigkeit. —

Es bliebe noch zu prüfen, inwieweit das Gesagte auch für einseitige Rechtsgeschäfte gilt. Hierauf braucht indes nicht näher eingegangen werden, da dieselbe Frage auf dem Gebiete des § 138 wiederkehrt und sie hier (bei dem § 134) ohne praktische Bedeutung ist (vgl. S. 23).

---

[1]) Eine ähnliche Erscheinung bilden übrigens die §§ 518, 656 und 762 B. G. B. Sie erklären Schuldversprechen, die schenkungshalber oder zum Zwecke der Erfüllung einer Schuld an einen Heiratsvermittler oder einer Spiel- oder Wettschuld gegeben sind, für nichtig oder nicht klagbar, während Schuldversprechen, die auf verbotenem oder unsittlichem Rechtsgrunde beruhen, wie im 3. Capitel auszuführen ist, formell giltig und nur durch Klage und Einrede zu entrichten sind.

2. Capitel.

Die Tragweite des § 138 I B. G. B.

Schon das römische Recht kannte die von wenigen Ausnahmen durchbrochene Regel, dass alle gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfte nichtig seien.[1]) Verstanden wurde hierbei unter dem Begriff »gute Sitten« die Moral[2]), und so brachten die citierten Stellen zum Ausdruck, dass — so verschiedene Wege Recht und Moral auch gehen und so verschiedene Massstäbe sie anlegen mögen — doch alles dasjenige, was der Moral widerspricht, auch mit den Interessen des Staats unvereinbar sei und die Rechtsordnung sich insoweit der Moral unterordne[3]). Zweifel herrschten (soweit diese Frage überhaupt angeschnitten wurde) nur darüber, in welcher Beziehung die Immoralität zu dem Inhalt des Rechtsgeschäfts stehen müsse, um Nichtigkeit zu bewirken. Wo das B. G. B. die Bestimmungen des römischen Rechts fast wörtlich übernommen hat, sind auch für das Gebiet des B. G. B. (in ähnlicher Weise wie bei § 134) zwei Fragen zu prüfen:

1. Was versteht das B. G. B. unter guten Sitten? und
2. Wann verstösst das Rechtsgeschäft als solches gegen die guten Sitten?

---

[1]) Die grundlegenden Stellen sind l 15 D 28 7 (quae facta ... contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est) und l 4 C 8 39 (omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sint). Vgl. im einzelnen Ravit im Archiv für die civilist. Praxis Bd. 58 45 ff, Lotmar Der unmoralische Vertrag § 3ff.

[2]) Über die sonstigen Bedeutungen des Begriffes „mores" bei den Römern vgl. Jakobi in Jherings Jahrbüchern f. Dogmatik Bd. 41 78 f.

[3]) Vgl. Lotmar l. c. S. 9 ff, Steinbach Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung S. 2.

1.

Bei der Frage, was im Sinne des B. G. B. unter »guten Sitten« zu verstehen ist, besteht in der Litteratur

a. zunächst eine Meinungsverschiedenheit darüber, ob das Gesetz hier die Moral oder die bestehende Sitte, soweit diese Billigung verdient, als Wertmassstab aufstellt. Während die herrschende Lehre[1]) das erstere annimmt, lehrt z. B. Leonhard[2]), ausgehend vom Wortlaut des Gesetzes, dieses sehe nicht darauf, ob ein Rechtsgeschäft einer verwerflichen Gesinnung entspringe, sondern lasse entscheidend sein, ob es in seiner äusseren Erscheinungsform die im Volk herrschende Sitte, soweit diese als gut anzuerkennen sei, verletze. Das Gesetz berücksichtige deshalb nur die gepflogenen Verhandlungen und nicht unbekannte Motive, während es andererseits nicht bloss das sittenlose, sondern auch das den guten Sitten gefährliche Rechtsgeschäft für nichtig erkläre. Es sei z. B. ein Schenkungsversprechen unwirksam, welches einem Geistlichen gemacht werde und an die Bedingung geknüpft sei, dass dieser seinen Glauben wechsele, gleichgiltig, ob der Zweck der Schenkung sei den Geistlichen gegen seine Überzeugung zum Übertritt zu bewegen, oder ob die Schenkung nur ein Mittel bilden solle, um den lediglich seiner Überzeugung folgenden Geistlichen nach dem Übertritt und dem Verlust seines Amtes vor Not zu schützen. Denn es könne ein solches Rechtsgeschäft, auch wenn es aus edler Absicht entsprungen sei, leicht falsch verstanden werden und ein schlechtes Beispiel geben. — In ähnlicher Weise räumen Endemann[3]) und Hölder[4]) der herrschenden Sitte einen Platz ein, indem sie verlangen, dass die zur Anwendung kommende Moral durch die tägliche Praxis, durch die herrschende Sitte bestätigt werde. — Cosack[5]) wiederum stellt beide Begriffe nebeneinander und erklärt diejenigen Geschäfte für nichtig, die entweder geradezu unsittlich sind oder doch den Anstand gröblich verletzen, also sittenwidrig sind. —

Diese Auffassungen werden aber durch die Entstehungs-

---

[1]) Vgl. z. B. v. Staudinger Kommentar zum B. G. B. zu § 138, v. Mayr der Bereicherungsanspruch S. 568 ff, Jakobi in Jherings Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 41 S. 84 ff, Oertmann Kommentar zum B. G. B. § 138 B 1 a c.

[2]) Vgl. Allgemeiner Teil des B. G. B. S. 372 ff.

[3]) Vgl. Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Aufl. Bd. I § 103 I 2.

[4]) Vgl. Kommentar zum allgemeinen Teil des B. G. B. zu § 138.

[5]) Vgl. Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts 1898 Bd. I S. 172.

geschichte des § 138 widerlegt. Denn diese ergibt, dass der Ausdruck »boni mores« gerade deshalb in wörtlicher Übersetzung vom B. G. B. übernommen ist, um dem § 138 die gemeinrechtliche Auslegung dieses Begriffs zu sichern[1]), und diese ging, wie bereits erwähnt ist, dahin, dass darunter die Moral zu verstehen sei.

b. Aus dieser Entstehungsgeschichte folgt zugleich, dass wir bei der weiteren, nicht unbestrittenen Frage, was unter Moral im Sinne des § 138 zu verstehen ist, ebenfalls die gemeinrechtliche Auslegung zu Grunde zu legen haben. Der Streit dreht sich darum, ob das sittliche Volksempfinden oder die Vereinbarkeit des Rechtsgeschäfts mit den allgemeinen Interessen des Staats ausschlaggebend ist. Im gemeinen Recht hatte nämlich der Begriff »boni mores« schon früh die weitgehendste Ausdehnung erhalten[2]). Die allgemeine Denkungsweise billigte nicht mehr den rein individualistischen Standpunkt des römischen Rechts, und es hatte sich mehr und mehr die Auffassung geltend gemacht, dass der einzelne verpflichtet sei, seine Handlungsweise den Zwecken der Gesamtheit unterzuordnen. Hiermit war eine Umwandlung des moralischen Gefühls Hand in Hand gegangen, und es wurde, von Fall zu Fall fortschreitend, alles für unsittlich erklärt, was Ausfluss einer sich gegen dies Volksempfinden auflehnenden verwerflichen Gesinnung war, auch wenn eine solche Handlungsweise zur Zeit Justinians nicht beanstandet worden war. Wegen dieser weitgehenden Bedeutung suchte man nun schon bei der Schaffung des code civil nach einem neuen, diesen Begriff besser kennzeichnenden Ausdruck und wählte die Worte »l'ordre public«, worunter nach Laurent[3]) das »öffentliche Interesse« zu verstehen ist[4]), und nur der Deutlichkeit halber (pour donner à la rédaction toute la clarté possible[5])) wurden die Worte «les bonnes moeures« noch

---

[1]) Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. I 123 f. vgl. auch Weyl Verschuldensbegriffe § 36.

[2]) Vgl. Fuld (Blätter für Rechtsanwendung 1899 S. 172).

[3]) Principes de droit civil I S. 84.

[4]) Anderer Meinung Vogel der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts S. 31 f. Er versteht unter l'ordre public das „zwingende Recht". Diese Ansicht würde dazu führen, dass die Ausdrücke „quand elle est prohibée par la loi" und „ quand elle est contraire à l'ordre public" als gleichbedeutend anzusehen wären. Dies ist aber offenbar nicht der Wille des Gesetzes (code civil Art. 1133, vgl. S. 30 Anm. 1).

[5]) Laurent l. c. S. 88.

hinzugefügt[1]). Hiermit war ein Begriff in das Gesetz hineingekommen, der sich mit dem ursprünglichen Sinne der boni mores nicht mehr deckte. Neben oder gar an die Stelle des sittlichen Volksempfindens trat eine vernunftmässige Interessenabwägung, die Prüfung, ob das Rechtsgeschäft mit den Interessen des Staates vereinbar sei. Es ist daher die Frage, ob dieser oder der gemeinrechtliche Begriff in das B. G. B. übernommen ist. Im Anschluss an Ihering[2]) und die Lehre des Utilitarismus nehmen verschiedene[3]) an, auch für das Gebiet des B. G. B. sei der Begriff »gute Sitten« gleichbedeutend mit dem Begriff »Egoismus der Gesellschaft«, und es sei in jedem einzelnen Falle zu prüfen, ob der durch das Rechtsgeschäft geschaffene Zustand mit der allgemeinen Wohlfahrt des Staats vereinbar sei. Dem steht aber, wie schon hervorgehoben ist, die Entstehungsgeschichte des § 138 entgegen. Während sich der 1. Entwurf im § 106 dem französischen Recht anschloss und neben einem Verstoss gegen die guten Sitten auch einen solchen gegen die »öffentliche Ordnung« reprobierte, worunter nach den Motiven zu dem Entwurf[4]) ein Verstoss gegen »das allgemeine Interesse des Staates« zu verstehen war, liess man später diesen Begriff fallen und wählte die heutige, mit dem gemeinen Recht übereinstimmende Fassung, weil dem Begriff »öffentliche Ordnung« eine sichere Umgrenzung fehle, und weil mit Rücksicht auf die geschichtliche Ausdehnung des Begriffs »gute Sitten« die gegen die öffentliche Ordnung verstossenden Rechtsgeschäfte zumeist auch als gegen die Rechts- und Sittlichkeitsordnung gerichtet

---

[1]) Vgl. code civil Art. 6, 1131, 1133. Letzterer lautet: la cause est illicite, quand elle est prohibée par la loi, quand elle est contraire aux bonnes moeures ou à l' ordre public.

[2]) Vgl. Zweck im Recht Bd. II S. 195 (die objektive Sittlichkeit ist die Norm, die die Gesellschaft für ihre Zwecke aufstellt; sozialer Egoismus) und S. 212 (Unsittlich ist das für das Gesamtwohl Schädliche).

[3]) Vgl. Steinbach die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung S. 42 und in der deutschen Juristenzeitung 1899 47 ff, Fuld in den Blättern für Rechtsanwendung 1899 S. 173, Kuhlenbeck Von den Pandekten zum B. G. B. S. 31 f, Dernburg Das bürgerliche Recht I § 125 II und Anm. 10 daselbst (Es mag nicht unsittlich sein, für einen Kuss Geld zu nehmen, jedenfalls ist es mit einem gesunden sozialen Zustande unvereinbar), das Oberlandesgericht Frankfurt im Recht 7 575, Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. S. 22 ff.

[4]) Vgl. Bd. I S. 211.

anzusehen seien[1]). Hiernach kann nicht zweifelhaft sein, dass wir wie im gemeinen Recht unter den »guten Sitten« die Moral, das sittliche Volksempfinden im eigentlichen, wenn auch weitesten Sinne zu verstehen haben, und es ist daher z. B. nicht ausgeschlossen, dass eine Handlungsweise nicht als unsittlich gilt, die mit den Zwecken der Gesellschaft und einem gesunden sozialen Zustand unvereinbar ist[2]). Zuzugeben ist lediglich, dass die Frage, ob eine Handlung mit dem Staatsegoismus in Widerspruch steht, einer der Faktoren bei der Entwickelung eines sich gegen derartige Handlungen auflehnenden Volksempfindens ist; ausschlaggebend ist aber gleichwohl allein das letztere.

c. Nach Vorstehendem ist in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre alles für unsittlich zu erklären, was als Ausfluss einer sittlich verwerflichen Gesinnung erscheint und dem herrschenden sittlichen Volksempfinden, dem Gefühl aller billig und gerecht Denkenden widerstreitet[3]). Hiermit ist schon gesagt, dass der Richter nicht seine persönlichen, mit dem allgemeinen Volksbewusstsein vielleicht in Widerspruch stehenden Ansichten[4]) und auch nicht ein bestimmtes ethisches System und die daraus hergeleiteten Moralsätze[5]) zu Grunde legen darf, und es bleibt nur noch die Frage zu prüfen, welche Bedeutung die nur in einzelnen Kreisen oder Landesteilen herrschenden Anschauungen haben. Während auf der einen Seite gelehrt wird, es seien nur diejenigen Anschauungen zu berücksichtigen, welche im ganzen Volk anerkannt würden, da sonst der Grundsatz der Gleichheit der Rechtsuchenden vor dem Gesetze verletzt werde[6]), lassen andere auch die nur in

[1]) Vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. I S. 124.

[2]) Vgl. Kohler im Archiv für bürgerliches Recht Bd. V 162 f.

[3]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 46 177 ff, 48 114, 51 384, 55 367 ff, 58 214 ff, Jur. Wochenschrift 1903 Beilage 120.

[4]) Anderer Meinung Hölder Kommentar zum Allgemeinen Teil des B. G. B. § 138 Anm. 1 und Archiv für die civilistische Praxis Bd. 74 102, welcher den Richter nicht für verpflichtet hält, eine seinem Gewissen widersprechende Auffassung des Volks anzuerkennen, und Cosack Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. I S. 176, welcher dem Richter gestattet, nicht fertige und unsichere Volksanschauungen aus seinem eigenen Sittlichkeits- und Anstandsgefühl zu ergänzen.

[5]) Vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung Bd. I S. 123 f, Planck B. G. B. Bd. I zu § 138.

[6]) Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 96 ff. Im Resultat übereinstimmend Fischer-Henle Handausgabe des B. G. B. zu § 138 und Oertmann Kommentar zum B. G. B. § 138 B. 1 a d mit Citaten.

einzelnen Landesteilen und Kreisen der Bevölkerung lebenden Moralsätze von Einfluss sein und führen aus, wo tatsächlich die Anschauungen über das, was unsittlich ist, verschieden seien, dürfe das Axiom der Gleichheit aller vor dem Gesetz nicht dazu führen, dass als gleich zu behandeln sei, was tatsächlich ungleich sei; ausschlaggebend sei in jedem Falle das Milieu, in dem das Rechtsgeschäft seine Wirksamkeit äussern solle[1]). Die hierbei auftauchende Frage, wessen Anschauungen massgebend sein sollen, wenn Angehörige verschiedener Kreise bei einem Rechtsgeschäft beteiligt sind, wird teils dahin beantwortet, dass die Ansicht des Kreises, dem der aus dem Rechtsgeschäft gerade Inanspruchgenommene angehört[2]), oder diejenige Moralanschauung, welche dem Nutzen der Gesellschaft am besten dient[3]), den Ausschlag geben soll, teils dahin, dass in solchen Fällen Nichtigkeit nur eintritt, wenn das Rechtsgeschäft den Ansichten beider Kreise widerstreitet[4]). U. E. ist davon auszugehen, dass in den auf der Grenze liegenden Fällen von einer einheitlichen Auffassung des ganzen Volkes über den Charakter des Rechtsgeschäfts meist nicht gesprochen werden kann und auch nicht einmal erkennbar ist, wohin die Mehrheit des Volkes neigt. Hat sich z. B. ein Arbeiter zu einem auffallend niedrigen Lohn verdungen, so wird die grosse Gruppe der Arbeitgeber dahin neigen, die Giltigkeit des Vertrages noch zu bejahen, während die der Arbeitnehmer schon verlangen wird, dass das Gericht schützend eingreift; die übrigen Kreise aber werden teils im Sinne der einen, teils im Sinne der anderen Stellung nehmen. Wollte man in solchen Fällen die Giltigkeit des Rechtsgeschäfts aus dem Grunde bejahen, weil nicht alle Bevölkerungskreise über den unsittlichen Charakter des Rechtsgeschäfts einig sind, so würde der § 138 praktisch nahezu bedeutungslos werden, und es wären insbesondere die zahlreichen Entscheidungen des Reichsgerichts auf socialem Gebiete, durch die die Rechtsprechung in völlig neue Bahnen geleitet ist, nicht möglich gewesen. Einheitlich sind nur die das ganze Volk be-

---

[1]) Vgl. v. Liszt Deliktsobligationen S. 43, Kuhlenbeck in der Jurist. Wochenschrift 1902 646, Staudinger Kommentar zum B. G. B. zu § 138.

[2]) Vgl. Jakobi in Jherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 41 111.

[3]) Vgl. Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts S. 28.

[4]) Vgl. Baum im Gewerbegericht 8 17 ff.

herrschenden sittlichen Grundstimmungen, und es muss der Richter daher bei der Beurteilung des Einzelfalls von diesen allgemeinen Grundanschauungen ausgehen und insbesondere beispielsweise den unsere ganze neuere Entwickelung beherrschenden socialen Zug sich zu Eigen machen. Die weitere Prüfung kann dann nur dahin gehen, ob die Anschauung eines bestimmten Kreises im Rahmen der allgemeinen Grundströmung liegt und nur eine Anwendung derselben auf ein bestimmtes Gebiet darstellt, oder ob sie über diesen Rahmen hinausgeht und vom Standpunkt des allgemein herrschenden Sittlichkeitsgefühls aus übertrieben ist und daher nicht zur Berücksichtigung kommen kann. In diesem Sinne führt auch das Reichsgericht verschiedentlich aus, massgebend sei das Bewusstsein aller billig und gerecht Denkenden, es könne aber auf die Anschauungen bestimmter Kreise Bezug genommen werden[1]). Der Richter ist bei dieser Prüfung selbständig und nicht etwa auf Gutachten und Zeugenaussagen angewiesen, er selbst ist das Organ des Volkes, welches berufen ist, die herrschenden Anschauungen nach der erwähnten Richtung hin auszulegen. Diese Grundsätze kommen nicht nur dort zur Anwendung, wo sich in den beteiligten Kreisen besondere moralische Anschauungen ausgebildet haben, sondern auch dort, wo überhaupt noch keine Stellungnahme des Volks oder der nächstbeteiligten Kreise zu der Frage der Sittlichkeit oder Unsittlichkeit eines bestimmten Rechtsgeschäfts erfolgt ist. Überall hat der Richter die Entscheidung durch eine Auslegung der allgemeinen Grundströmungen seiner Zeit zu gewinnen. Nicht zu erkennen ist hierbei, dass sich bei dieser Art der gesetzlichen Regelung eine völlige Gleichartigkeit in der Beurteilung gleichartiger Fragen durch die vielen erkennenden Richter nicht erzielen lässt. Dessen sind sich aber die Schöpfer des § 138 wohl bewusst gewesen. In den Motiven zu dem Entwurf eines B. G. B.[2]) heisst es ausdrücklich: »Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher grossen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes darf indessen unbedenklich darauf

---

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 48 124, Jur. Wochenschrift 1901 349.

[2]) Vgl. Bd. I S. 211.

vertraut werden, dass die Vorschrift im Ganzen und Grossen nur in dem Sinne angewendet wird, in dem sie gegeben ist.«

2.

Nicht minder praktisch wichtig ist die zweite Frage, wann eine unsittliche Handlungsweise die Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts herbeiführt. In gleicher Weise wie bei dem § 134 stehen sich auch hier das Prinzip, möglichst alle Rechtsgeschäfte, bei denen eine unsittliche Handlungsweise im Spiele ist, in ihren Wirkungen zu vernichten, und das Bedürfnis des praktischen Verkehrs, den an der Unsittlichkeit nicht beteiligten Mitkontrahenten zu schützen, gegenüber.

a. Das römische Recht traf nach Lotmar[1]) den Ausgleich zwischen beiden in der Weise, dass es den Inhalt des Rechtsgeschäfts von den nicht zum Bestandteil des Geschäfts erhobenen Motiven trennte und von einigen Ausnahmen abgesehen[2]) nur solche Geschäfte für nichtig erklärte, deren Inhalt gegen die guten Sitten verstiess. Da nun der Inhalt eines Rechtsgeschäfts sich erschöpft in der Rechtsänderung, insbesondere der Zuwendung als solcher (Eigentum, dingliches Recht, Forderungsrecht) und der Bestimmung ihres Zweckes, so waren hiernach nur solche Rechtsgeschäfte nichtig, bei denen

(1.) entweder die Rechtsänderung als solche unsittlich war, sei es, dass die vereinbarte Handlung, Duldung oder Unterlassung unsittlich war (wie z. B. bei einem Versprechen, einen Mord zu begehen), sei es, dass sie wenigstens von Moralwegen nicht unter Rechtszwang gestellt werden durfte (wie z. B. bei dem Versprechen, die Confession zu wechseln), oder

(2.) bei denen eine an sich einwandfreie Rechtsänderung in Causalbeziehung zu einer an sich vielleicht ebenfalls nicht zu beanstandenden Handlung, Duldung oder Unterlassung stand, welche von Moralwegen nicht in einer solchen Causalbeziehung stehen darf (wie z. B. bei einem unter der Bedingung des Wechsels der Confession erteilten Schenkungsversprechen).

---

[1]) Vgl. „Der unmoralische Vortrag" 1896, insbesondere S. 29 und 68 ff. Ähnlich schon Ravit im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 58, insbesondere S. 66.

[2]) Hierhin gehören die wegen des beim Abschluss angewandten Mittels (dolus und vis ac metus) verwerflichen Rechtsgeschäfte und die Veräusserungen in fraudem creditorum.

Lag einer dieser Fälle nicht vor, so war nach der Lotmarschen Lehre das Rechtsgeschäft giltig, mochte auch das unsittliche Motiv, das den einen Teil zur Eingehung bewog, dem anderen Teile bekannt sein[1]).

Die Richtigkeit dieser Lehre Lotmar's unterliegt gewissen Zweifeln. Denn wenn die l 12 § 11 D 17,1 bestimmt:

> si adulescens luxuriosus mandat tibi, ut pro meretrice fideiubeas idque tu sciens mandatum susceperis, non habebis mandati actionem, quia simile est quasi perdituro pecuniam sciens credideris. Sed etsi ulterius directo mandaverit tibi, ut meretrici pecuniam credas. non obligabitur mandati, quia adversus bonam fidem mandatum sit,

so werden hier doch gewiss Momente berücksichtigt, die ausserhalb des eigentlichen Inhalts des Rechtsgeschäfts liegen[2]). Gleichwohl hat diese Ansicht im gemeinen Recht weite Verbreitung gefunden, und es hat sich ihr insbesondere das Reichsgericht in vielen Entscheidungen angeschlossen[3]).

---

[1]) Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag Anm. 105 und 242, Ravit im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 58 S. 67, Seuffert's Archiv Bd. 49 238, Bolze Die Praxis des Reichsgerichts 8 Nr. 359.

[2]) Lotmar (der unmoralische Vertrag S. 68 mit Anm. 125, sowie S. 35 und Anm. 105) erklärt diese Stelle dahin, dass bei dem ersten in der Stelle behandelten Mandat der Grund der Nichtigkeit nicht in der Unsittlichkeit, sondern in der besonders grossen Unwirtschaftlichkeit des Vertrages, d. h. in der im Voraus feststehenden Uneinbringlichkeit der Regressforderung gegen den adulescens liege, und dass das zweite Mandat unter die zuerst erwähnte Gruppe falle und wegen der Unsittlichkeit der vereinbarten Handlungsweise nichtig sei. Dem kann aber nicht zugestimmt werden. Die citierte Stelle erwähnt bei dem ersten Mandat die Uneinbringlichkeit mit keinem Worte, und es besteht auch kein Grund, weshalb deswegen Nichtigkeit eintreten sollte. Perditurus ist vielmehr jemand, der das Geld verlieren, vergeuden wird, und es verhängt die citierte Stelle u. E. nur deswegen die Nichtigkeit, weil der Mandatar das leichtsinnige Leben des adulescens luxuriorus durch den Abschluss des Rechtsgeschäfts in einer unverantwortlichen Weise fördert uud sein Vorhaben unterstützt. Der Inhalt der Verträge als solcher — der Auftrag, Bürgschaft zu leisten oder ein Darlehen zu geben — ist bei beiden Mandaten moralisch nicht zu beanstanden.

[3]) Als Beispiel seien hier einige auf dem Gebiet des Bordellwesens ergangenen Entscheidungen erwähnt. Im Sinne der Lehre Lotmar's findet sich eine Reihe von solchen aus der Zeit vor und nach 1900, welche einen Bordellkauf für giltig erklären, weil die Verpflichtung zur Übertragung eines Hauses als solche keine unsittliche Handlung sei und ebensowenig die Eingehung der Zahlungsverpflichtung oder die Causalbeziehung, in der beide Verpflichtungen

Dieser Ansicht gegenüber geht eine Reihe von Schriftstellern weit über das römische Recht hinaus. Sie billigen nicht die Trennung zwischen dem Inhalt des Rechtsgeschäfts und den rechtlich unerheblichen Zweckvorstellungen und legen auch den Motiven Bedeutung bei. So nimmt Windscheid [1]) einen Verstoss gegen die guten Sitten überall dort an, wo der Vertrag auf Hervorrufung oder Beförderung des Verbotenen oder auf Hinderung des Gebotenen gerichtet ist, oder wo durch ihn auf die Freiheit des Entschlusses in Dingen eingewirkt werden soll, wo jeder sich nicht durch äussere Motive bestimmen lassen soll, und unter Umständen endlich auch, wenn sich im Vertrage eine verwerfliche Gesinnung verrät. In ähnlicher Weise lehrt Dernburg[2]), ein Vertrag sei nichtig, welcher direkt Unsittliches verspreche oder indirekt eine Unsittlichkeit in sich schliesse, indem darin eine ökonomische Leistung zu dem Zwecke, eine Unsittlichkeit hervorzurufen oder zu fördern, versprochen werde; hierbei seien vorzugsweise die bestimmenden offensichtlichen Motive entscheidend. Endlich sind hier auch

---

zu einander stehen, gegen die guten Sitten verstosse. Etwas anderes gelte nur, wenn die Eigenschaft des Hauses als Bordell zum Gegenstande des Rechtsgeschäfts gemacht und deswegen ein höherer Kaufpreis bezahlt werde (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 38 199 mit Citaten, Seuffert's Archiv Bd. 51 Nr. 259, 55 Nr. 70, Sächsisches Archiv für deutsches bürgerliches Recht Bd. 14 373) oder der Käufer dafür garantiere, dass die Polizei das Bordell weiter dulde (vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Civilrechts Bd. 5 109). Dagegen wird eine Bordellmiete stets für nichtig erklärt, weil hier die Leistung des Vermieters darin bestehe, dass er sich zur Duldung des Bordellbetriebes verpflichte (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 38 199, Seuffert's Archiv Bd. 49 Nr 238), und ebenso werden Provisionsversprechen an Makler für die Vermittelung eines Bordellkaufs schlechthin für ungiltig angesehen, weil die Leistung der Makler in dem Ausfindigmachen von Personen bestehe, die sich aus dem Bordellbetrieb eine Erwerbsquelle verschaffen wollen (vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 238), sie werden insbesondere dann für nichtig erachtet, wenn der Preis mit Rücksicht auf den Bordellbetrieb besonders hoch bestimmt ist. Dagegen werden wiederum Verträge über Gewährung eines Darlehens und Lieferung von Spirituosen, welche für einen Bordellbetrieb verwandt werden sollen, für giltig erachtet, auch wenn der Zweck dem andern Teil bekannt ist (vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 6 220, 8 424, Bolze Die Praxis des Reichsgerichts 8 Nr. 359).

[1]) Vgl. Lehrbuch des Pandektenrechts II § 314 Anm. 4—6 und gegen Windscheid die Kritik bei Ravit im Archiv für die civilistische Praxis Bd 58 S. 49 f, 64 ff und bei Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 66 f.

[2]) Vgl. Pankekten II § 16 am Ende und Anm. 15—17.

Kohler[1]) und Kuhlenbeck[2]) zu nennen. Sie führen aus, nichtig sei ein Rechtsgeschäft dann, wenn es zum Zwecke habe die Werkzeuge der Unsittlichkeit — sei es in Geld, sei es in anderen Dingen — zu bieten. Was dagegen mit dem sittlichen oder unsittlichen Leben in loserem Zusammenhang stehe und nicht zu den instrumenta sceleris gehöre, könne die Rechtsordnung nicht berücksichtigen.

In gleicher Weise ist auch in der neueren gemeinrechtlichen Rechtsprechung der Standpunkt Lotmars verschiedentlich verlassen worden. So wird ein Vertrag für nichtig erklärt, durch den ein Ehemann zu dem dem Käufer bekannten Zwecke sein Haus verkauft, um mit dem Erlöse auszuwandern und Frau und Kinder mittellos zurückzulassen[3]). Ferner werden Darlehen, die zum Zwecke eines verbotenen Spiels gegeben werden, wegen der damit verbundenen Förderung des Spiels für unsittlich erklärt, gleichgiltig, ob die Fortsetzung des Spiels zur Bedingung der Hingabe des Darlehens erhoben und Vertragsbestandteil geworden ist oder nicht[4]), und endlich wird auch einem Darlehen die Giltigkeit versagt, welches zu dem dem Darleiher bekannten Zweck genommen wurde, dass der Empfänger damit Gold, welches ihm von Russischen Minenbesitzern billig angeboten war, unter Umgehung Russischer Ausfuhrzollgesetze über die Grenze schmuggele, denn der Vertrag ziele darauf ab, die Mittel für einen unsittlichen und vom Recht missbilligten Zweck (für die Verletzung fremder Zoll- und Finanzgesetze) zu beschaffen[5])[6]).

Allein die herrschende Lehre blieb doch die Lotmar's, sie lag auch noch dem 1. Entwurf des B. G. B. zu Grunde. Der § 106 desselben bestimmte:

---

[1]) Vgl. Archiv für bürgerliches Recht Bd. V S. 161 ff, insbesondere S. 204, ferner Bd. I S. 359.

[2]) Vgl. Juristische Wochenschrift 1896 S. 234 ff.

[3]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 46 178.

[4]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 23 27.

[5]) Vgl. Seuffert's Archiv Bd. 49 83.

[6]) Zu erwähnen sind hier auch die Fälle der unentgeltlichen Veräusserung einer Forderung zwecks Benachteiligung der Gläubiger (vgl. Seuffert's Archiv Bd. 18 225) und der Indossierung von Wechseln zwecks Abschneidung von Einreden (vgl. Josef im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 49). Diese Fälle erkennt aber auch Lotmar als Ausnahmen von seiner Lehre an (vgl. oben S. 34. Anm. 2).

»Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig«,

und die Motive[1]) bemerken dazu: es sei gewiss, dass viele sittlich verwerfliche Rechtsgeschäfte rechtlich giltig seien, da das Gebiet der Sittenpflichten sich mit demjenigen der Rechtspflichten nicht decke; die Grenze sei dahin zu ziehen, dass Nichtigkeit dann eintrete, wenn der Inhalt des Rechtsgeschäfts unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausscheidung der subjektiven Seite die guten Sitten verletze.

Später wurde diese Fassung geändert und der heutige Wortlaut gewählt, indem betont wurde, dass die Berücksichtigung der subjektiven Seite notwendig sei, da häufig nur hierdurch der Inhalt des Rechtsgeschäfts in das richtige Licht gesetzt werde[2]). Es bestehen daher die gemeinrechtlichen Zweifel fort.

Während auf der einen Seite viele Schriftsteller auch für das heutige Recht an der Lehre Lotmar's festhalten[3]), geht das Reichsgericht[4]), dem sich die meisten anderen Gerichte angeschlossen haben, darüber hinaus und versagt allen Rechtsgeschäften die Anerkennung, die nach ihrem aus der Zusammenfassung von Inhalt, Motiven und Zwecken zu entnehmenden Gesamtcharakter, nach den objektiven und subjektiven Momenten gegen die guten Sitten verstossen. Leonhard[5]) meint, dass es sich hierbei nur um Motive handeln könne, die bei dem Geschäft hervortreten und Inhalt des Besprochenen und Mitgeteilten, also der Verhandlung geworden seien, Klingmüller[6]) dagegen hält es für ausreichend, wenn die unsittlichen Motive erkennbar waren und ein stillschweigendes Einverständnis über sie bestand.

Eine vermittelnde Ansicht vertritt Oertmann. Er will ausser dem Inhalt des Geschäfts auch den Geschäftszweck, d. h. den Zweck, dem das Geschäft nach der ausdrücklichen oder still-

---

[1]) Vgl. Bd. I S. 211.

[2]) Vgl. die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs I S. 257.

[3]) Vgl. Eck Vorträge über das Recht des B. G. B. Bd. I S. 127, Stammler Die Lehre vom richtigen Rechte S. 495 f, von Mayr Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts S. 572, Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts S. 54 ff.

[4]) Vgl. z. B. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 56 231, Bd. 63 350.

[5]) Vgl. der allgemeine Teil des B. G. B. S. 386 f.

[6]) Vgl. das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 135.

schweigenden Vereinbarung dienen soll, berücksichtigt wissen, auch wenn er nicht zur Geschäftsbedingung, zum Bestandteil des Geschäfts erhoben ist und er daher im allgemeinen rechtlich unerheblich sein würde, und erklärt z. B. ein Darlehen für nichtig, welches gegeben und genommen wird, damit das Geld verhurt werden soll[1]).

Von den über den Standpunkt Lotmar's hinausgehenden Entscheidungen sind ausser den oben bereits erwähnten, von denen insbesondere die Entscheidungen über das Spieldarlehen[2]) und die Veräusserung von Vermögensstücken zwecks Benachteiligung der Gläubiger[3]) auch für das heutige Recht Anerkennung gefunden haben, folgende bemerkenswert:

1. Nach einer Entscheidung des Reichsgerichts[4]) ist ein Schenkungsvertrag unsittlich, wenn die Mittel zur Anschaffung des Geschenks durch ein Verbrechen erlangt sind und der Beschenkte dies weiss.

2. Das Reichsgericht[5]) erklärt weiter in Übereinstimmung mit dem Oberlandesgericht Darmstadt einen zum Zwecke der Wahlbeeinflussung geschlossenen Vertrag mit einem Wirt für nichtig, in dem dieser es übernimmt, auf Kosten des Bestellers bei einer Wahl Freibier zu verabfolgen.

3. Dasselbe gilt von Schenkungen und letztwilligen Verfügungen, die mit Rücksicht auf einen ausserehelichen Geschlechtsverkehr zwecks Erkaufung desselben oder als Belohnung gemacht werden[6]).

---

[1]) Vgl. Kommentar zum B. G. B. § 138 B 1 c a)cc) und B 1 c c)cc). In einem ähnlichen Falle — bei einem Darlehen zur Wiedereinbringung eines Spielverlustes — bejaht Oertmann die Gültigkeit des Geschäfts nur deswegen, weil die Gewährung eines Darlehens zu diesem Zwecke nicht ohne Weiteres eine unsittliche Handlung bildet (vgl. Entsch. des Reichsgerichts in der deutschen Juristenzeitung 1908 S. 425).

[2]) Vgl. die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 5 103, das Recht Bd. 7 152, Dernburg Das bürgerliche Recht Bd. II 2 § 212 S. 143, Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Aufl. Bd. I § 187 Anm. 7.

[3]) Vgl. Scherer Gesetzgebung des deutschen Reichs 2. Ergänzungsheft zu Bd. 6—11 zu § 138.

[4]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 48 293.

[5]) Vgl. Deutsche Juristenzeitung 1902 S. 252.

[6]) Vgl. Jur. Wochenschrift 1905 S. 640 und Seuffert's Archiv Bd. 57 Nr. 235, sowie Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 13 S. 317 ff und S. 319 f.

4. Ferner wird eine Cession einer Forderung für unsittlich erklärt, weil sie aus dem alleinigen Grunde erfolgte, um ein Auftreten des Cedenten als Zeugen zu ermöglichen[1]).

5. Das Gleiche gilt von einem Vertrage, der zu dem Zwecke geschlossen wird, damit der eine Contrahent, ohne selbst eine polizeiliche Erlaubnis zum Gastwirtsgewerbe zu haben, als scheinbarer Stellvertreter eines Dritten dessen Conzession ausnutze[2]).

6. Erwähnt sei ferner der ebenfalls entschiedene Fall, wo ein Gesellschafter seine Gesellschaft für ein ihm persönlich gegebenes Darlehen als Bürgen verpflichtet und der Vertragsgegner gewusst hatte, dass dies hinter dem Rücken der übrigen Gesellschafter im persönlichen Interesse des handelnden Gesellschafters zum Schaden der Gesellschaft geschah[3]). In diesem Falle hat das Gericht allerdings die Frage der Nichtigkeit offen gelassen und angenommen, dass schon eine aus § 826 erhobene Einrede der aus der Bürgschaft belangten Gesellschaft zum Ziele führe.

7. Ebenso sind die Abrede des gegenseitigen Acceptaustausches und die einzelnen darauf beruhenden Begebungsverträge für nichtig erklärt worden, wenn diese Manipulation darauf berechnet war, die Geldgeber zu täuschen (Wechselreiterei)[4]), sowie

8. ein fiduciarisches Geschäft, durch das sich jemand seines Vermögens lediglich zu dem Zwecke entäussert, um es dem Zugriffe seiner Gläubiger zu entziehen und seine Vermögensverhältnisse zu verschleiern[5]).

9. Desgleichen ist der Kauf von nicht keimfähigem Rübsamen zu dem beiden Parteien bekannten Zwecke, ihn mit keimfähigem Samen zu mischen und so dritte Personen zu täuschen und zu schädigen, und der zwecks fälschlicher Herstellung von Fruchtsäften erfolgende Ankauf von Süssstoffen als gegen die guten Sitten verstossend angesehen worden[6]).

10. Am weitesten geht eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg, welche einen Vertrag auf Hergabe eines Darlehns und Lieferung von Weinen für ein Bordell für unsittlich

---

[1]) Vgl. Gesetz und Recht, Volkstümliche Zeitschrift für Rechtspflege 7. Jahrgang S. 349, sowie deutsche Juristenzeitung 1908 S. 597.

[2]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 63 145.

[3]) Vgl. Juristische Wochenschrift 1904 482.

[4]) Vgl. Blätter für Rechtspflege in Thüringen und Anhalt Bd. 53 S. 101.

[5]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Gruchot's Beiträgen Bd. 49 345.

[6]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 12 S. 16 u. Anm. daselbst.

erklärt; obwohl die Beteiligung des anderen Vertragsteils an der Unsittlichkeit nur darin bestand, dass er für das Darlehen die üblichen Zinsen erhielt und aus der Weinlieferung den normalen Verdienst zog.[1])

Daneben findet sich eine Reihe von Entscheidungen, welche — ebenfalls über die Ansicht Lotmar's hinausgehend — ein Rechtsgeschäft wegen des unsittlichen Mittels, durch welches es herbeigeführt ist, für nichtig erklären.

1. So ist der § 138 I zur Anwendung gebracht worden, wo jemand bewussterweise die Geistesschwäche[2]) oder die Angetrunkenheit[3]) des Gegners ausgenutzt und ihn zum Abschluss eines nachteiligen Rechtsgeschäfts verleitet hatte, und

2. ebenso, wo der eine Teil den andern in einer wider die guten Sitten verstossenden Weise nicht über einen von ihm bemerkten Motivirrtum aufgeklärt und dadurch den Abschluss eines dem Gegner nachteiligen Geschäfts erreicht hatte[4]).

3. Ferner sind Verträge für unsittlich erklärt worden, die — mag auch ihr Inhalt als solcher nicht unsittlich sein — auf einer Ausbeutung der schlechten Lage des wirtschaftlich Schwächeren beruhen[5]).

4. Hierher gehört endlich die Ansicht des Reichsgerichts, dass unter Umständen Nichtigkeit eintreten könne, wenn jemand, ohne dass eine widerrechtliche Drohung vorliege, die ihm bekannte Furcht des Gegners ausnutze und dadurch den Abschluss eines günstigen Vertrages erreiche[6]).

b.

Bei einer Stellungnahme zu diesen verschiedenen Ansichten

---

[1]) Vgl. Hanseatische Gerichtszeitung 1903 Beiblatt 288.

[2]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 12 239, das Recht Bd. 10 179 und Bd. 12 Beilage 2 S. 224, Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 67 393, sowie auch Hachenburg Vorträge über B. G. B. S. 195.

[3]) Vgl. dazu Hanseatische Gerichtszeitung 1904 Beilage 135 und auch Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Auflage I § 187 Anm. 7 und Hachenburg l. c.

[4]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 4 204 ff, Seuffert's Archiv Bd. 57 Nr. 140.

[5]) Vgl. Juristische Wochenschrift 1904 481, Hanseatische Gerichtszeitung 1903 Beilage 146, sowie Deutsche Juristenzeitung 1906 369.

[6]) Vgl. Sächsisches Archiv 1902 465, sowie Warneyer Jahrbuch der Entsch. II. Ergänzungsband S. 82.

lässt sich aus allgemeinen Erwägungen vorweg sagen, dass die Ansicht Lotmar's augenscheinlich zu eng ist, indem sie vielfach keine Handhabe bietet, um einem nach dem Rechtsgefühle ungiltigen Vertrage die rechtliche Giltigkeit zu versagen. Nach dieser Ansicht findet der § 138 selbst dort keine Anwendung, wo sich der eine Teil bei der Eingehung des Rechtsgeschäfts einer Beihilfe zu einer strafbaren Handlung des andern schuldig macht, und kann selbst hier nur der § 134 Platz greifen[1]). Andererseits geht die in der oben unter 10 erwähnte Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg vertretene Ansicht offenbar zu weit, denn sie würde dazu führen, dass alle Rechtsgeschäfte, die die unsittliche Handlungsweise nur eines Teils fördern, z. B. der Ankauf eines Geschenkes für eine Maitresse, für ungültig zu erklären seien, was zu einer unbilligen Schädigung des den Sachverhalt vielleicht kennenden, aber an der Unsittlichkeit unbeteiligten Vertragsgegners führen würde.

Bei der weiteren Untersuchung ist davon auszugehen, dass der § 138 ebenso wie der § 134 nicht die Person der Beteiligten, sondern den Erfolg ihrer Handlungsweise, den Charakter des Rechtsgeschäfts als solchen der Prüfung unterzieht und nur eingreifen will, wenn dieser gegen die guten Sitten verstösst. Damit ist zunächst festgestellt, dass die Unsittlichkeit objektiv durch das Rechtsgeschäft gefördert werden muss[2]), und dass es nicht genügt, wenn auf einer Seite unmoralische Motive im Spiele sind. Beispielsweise ist ein Vertrag, durch den sich jemand für den Fall eine Conventionalstrafe versprechen lässt, dass der andere Teil eine Unsittlichkeit begeht, giltig, wenn auch den Versprechensempfänger ein Vorwurf treffen mag, denn der Vertrag dient der Hintanhaltung der Unsittlichkeit. Unerheblich ist dabei, ob beide Teile ein Vorwurf trifft oder nur den einen, ob derjenige, der gegen die guten Sitten verstösst, sich auch der Moralwidrigkeit seines

---

[5]) Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag Anm. 237.

[1]) So schon z. B. Savigny System des heutigen römischen Rechts 1840 Bd. III 172 u. Puchta Vorlesungen § 20. Ähnlich lässt Zitelmann (das Rechtsgeschäft im Entwurf eines B. G. B.) nur dann Nichtigkeit eintreten, wenn die Aufrechterhaltung des Geschäfts im Interesse des unsittlich Handelnden liegen würde. Diese letzte Definition ist allerdings nicht unbedenklich. Kauft jemand z. B. ein Bordell zu einem übermässigen Preise, um es aus der Welt zu schaffen, so müsste der Kauf nach dieser Ansicht ungültig sein. Der Gesamtcharakter des Geschäfts ist indes ein sittlicher und das Geschäft daher giltig.

Tuns bewusst wird[1]), und ob seine unmoralische Handlungsweise im Einzelfalle infolge persönlicher Verhältnisse entschuldbar ist[2]). Beutet jemand z. B. die Notlage eines andern aus, so handelt er verwerflich und verdient keinen Rechtsschutz, auch wenn er zu dieser Handlungsweise durch grösste Not seiner nächsten Familie gezwungen worden ist. Die subjektive Seite ist nur insofern von Bedeutung, als dann, wenn keinen der Beteiligten ein Vorwurf trifft, auch von einem unsittlichen, aus einer verwerflichen Gesinnung entsprungenen Charakter des Rechtsgeschäfts nicht die Rede sein kann, und als weiter oft erst die Motive über den wahren Charakter eines Geschäfts Aufschluss geben. Z. B. hängt die Giltigkeit eines Versprechens einer Belohnung für die Unterlassung einer Strafanzeige davon ab, ob der Versprechende sich dadurch nur der verdienten Strafe entziehen will, oder ob die Belohnung in Wirklichkeit nicht ein Schweigegeld, sondern eine Entschädigung für den durch die strafbare Handlung entstandenen Schaden sein soll, und dasselbe gilt von einer Konkubinenschenkung, die nicht belohnen, sondern geschehenes Unrecht sühnen und die Beschenkte vor wirtschaftlichen Nachteilen sichern soll, und von einem Bordellkauf, bei dem ein besonders hoher Preis verabredet ist, wenn der Käufer nicht den Bordellbetrieb fortsetzen, sondern das Bordell aus der Welt schaffen will.

Zweitens folgt aus Obigem, dass die Förderung der Unsittlichkeit gerade durch die Wirkungen des Rechtsgeschäfts geschehen muss, dass der Charakter der durch dasselbe geschaffenen Rechtsänderung gegen die guten Sitten verstossen muss, und es scheiden deshalb diejenigen Fälle, wo diese innere Beziehung fehlt, aus dem Geltungsbereich des § 138 aus. Insbesondere gilt dies von Rechtsgeschäften, bei denen nur gelegentlich ihres Zustandekommens ein Verstoss begangen wird, wie solches in dem bereits erwähnten Falle des Abschlusses eines Kaufes während eines Gottesdienstes unter Störung desselben z. B. zutrifft.

Wann im einzelnen aber eine solche Beeinflussung des Gesamtcharakters des Rechtsgeschäfts vorliegt, darüber gibt das B. G. B. keine Auskunft. Die Hauptfrage ist die, ob der § 138

---

[1]) Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 54 und Anm. 182, Voigt Über die condictiones ob causam S. 570, anderer Meinung Seuffert's Archiv Bd. 21 Nr. 32.

[2]) Vgl. über diesen sog. moralischen Notstand Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 56, Staudinger Kommentar zum B. G. B. zu § 138.

überall Platz greift, wo der Charakter des Rechtsgeschäfts — aus welchen Gründen es auch sein mag — ein unsittlicher ist, oder ob er sich auf diejenigen Fälle beschränkt, wo der Inhalt des Rechtsgeschäfts diesem einen unsittlichen Charakter verleiht. Die letztere Ansicht, die gerade neuerdings im Anschluss an Lotmar von Hölder[1]) vertreten wird, kann sich darauf berufen, dass die Fassung des 1. Entwurfs, welcher sich dieser Ansicht angeschlossen hatte, nur deswegen geändert worden ist, weil der Inhalt oft erst bei Berücksichtigung der subjektiven Seite in das rechte Licht gesetzt werde. Tatsächlich hat aber das Gesetz durch diese Änderung einen andern Inhalt erhalten, indem es sich jetzt ausnahmslos gegen jedes Rechtsgeschäft unsittlichen Charakters wendet, und diesem klaren Wortlaut gegenüber kann den Materialien keine Bedeutung beigemessen werden. Für diese Auffassung spricht auch, dass der § 138 an der hier interessierenden Stelle (»ein Rechtsgeschäft, das . . .«) wörtlich mit dem § 134 übereinstimmt und dieser nach den Materialien nicht bloss Rechtsgeschäfte mit verbotenem Inhalt, sondern gerade auch solche, deren Vornahme verboten ist, treffen soll. In gleicher Weise wie bei dem § 134 gelangen wir daher auch hier zu dem Resultat, dass der § 138 überall Platz greift, wo die dargelegte innere Beziehung zwischen dem Rechtsgeschäft und der Unsittlichkeit besteht, d. h. wo die Geltung des Inhalts des Rechtsgeschäfts mit den guten Sitten unvereinbar ist, und dies ist dann der Fall, wenn
entweder der Inhalt als solcher schon mit den guten Sitten in Widerspruch steht (1),
oder wenn der Inhalt als solcher zwar einwandfrei ist, das Rechtsgeschäft aber lediglich das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des Inhalts liegenden unsittlichen Erfolges bildet (2),
oder wenn es durch unsittliche Mittel, d. h. durch eine unsittliche Ausnutzung der Lage des andern zustandegebracht ist und der Inhalt mithin dazu dient, diese Ausnutzung zu verwirklichen (3).

1.

Was die erste Gruppe angeht, so sind hier verschiedene Möglichkeiten denkbar. Es kann einmal die Rechtsänderung, welche durch das Rechtsgeschäft bewirkt ist, als solche unsittlich

[1]) Vgl. Deutsche Juristenzeitung 1908 S. 46 ff.

sein, indem eine Handlung, Duldung oder Unterlassung vorgenommen oder versprochen wird, die an sich unsittlich ist oder doch aus Gründen der Moral nicht unter Rechtszwang gestellt werden darf. Hierhin gehört z. B. das Versprechen, eine strafbare Handlung zu begehen, oder die Zusage, die Confession zu wechseln. Weiter kann aber auch die Beziehung zwischen der Rechtsänderung und ihrer causa gegen die guten Sitten verstossen, indem die Zuwendung die Belohnung für eine Handlung, Duldung oder Unterlassung bildet, welche entweder selbst unsittlich ist oder doch aus Rücksichten der Moral nicht in solcher Abhängigkeit stehen darf. Dies ist z. B. bei dem Versprechen einer Belohnung für die Begehung einer strafbaren Handlung oder für eine wahrheitsgemässe Aussage vor Gericht der Fall[1])[2]). Hierbei ist unerheblich, ob beide Teile oder nur einen von ihnen ein Vorwurf trifft, und weiter auch, ob der Inhalt des Geschäfts für sich allein schon über den Charakter desselben Aufschluss gibt, oder ob die Entscheidung erst nach Aufdeckung der Motive möglich ist. Bei einem bloss einseitigen Verstoss ist endlich auch unerheblich, welcher von beiden Beteiligten es ist, den der Vorwurf trifft, wenn eben nur der Gesamtcharakter des Geschäfts ein unsittlicher ist (vgl. oben S. 42 Anm. 1).

Den Rechtsgeschäften mit unsittlichem Inhalte stellen im gemeinen Recht und heute manche[3]) diejenigen gleich, deren

---

[1]) Gleichgültig ist hierbei, ob der Lohn als Gegenleistung für das Verhalten versprochen oder das Verhalten nur als Bedingung für das Recht auf den Lohn aufgestellt wird oder endlich das Verhalten nur eine Auflage bildet, mit der die Zuwendung belegt ist.

[2]) In Anlehnung an Vogel (der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. S. 57 ff) meint Oertmann (Kommentar zum B. G. B. § 138 B. 1 c a) bb)), dass in den Fällen, wo ein Verhalten aus Gründen der Moral nicht unter Rechtszwang gestellt werden (es verpflichtet sich z. B. jemand die Confession zu wechseln) oder doch nicht zu finanziellen Vorteilen in Abhängigkeit gebracht werden darf (es verspricht jemand z. B. eine Belohnung für eine wahrheitsgemässe Zeugenaussage), nicht der Geschäftsinhalt, sondern der Geschäftsabschluss unsittlich sei. Er bildet daher aus diesen Geschäften eine besondere Gruppe und unterstellt sie wegen der Unsittlichkeit des Geschäftsabschlusses dem § 138. Indes ist in diesen Fällen auch der Geschäftsinhalt unsittlich — das Stehen unter Rechtszwang bezw. das Bestehen der Abhängigkeit —.

[3]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 29 109 und Endemann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 6. Aufl. Bd. I § 103 Anm. 9 g.

Gegenstand ein unsittlicher ist. Insbesondere hat das Reichsgericht einen Bordellkauf mit der Begründung für nichtig erklärt, dass ein seiner Natur nach unsittlicher Geschäftsbetrieb nicht Gegenstand eines giltigen Geschäfts sein könne. Diese Ansicht ist auf das römische Recht zurückzuführen, welches z. B. den Kauf schädlicher oder tötlicher Gifte schlechthin für nichtig erklärte, soweit sie nicht durch Beimengung anderer Stoffe zu nützlichen oder heilsamen Mitteln werden können (l 35 § 2 D 18. 1). Sie führt aber überall dort zu Unbilligkeiten, wo der Gesamtcharakter des Geschäfts kein unsittlicher ist wie im Falle des Giftankaufs zu wissenschaftlichen Zwecken oder des Ankaufs eines Bordells zwecks Aufhebung desselben, und es findet sich auch im B. G. B. kein Anhaltspunkt für diese Ansicht.

2.

Während die bisher behandelten Fälle in der Litteratur allgemein dem § 138 unterstellt werden, ist die Anwendbarkeit desselben auf die oben (S. 44) an zweiter Stelle erwähnten Rechtsgeschäfte, welche das Mittel zur Erreichung eines ausserhalb des Inhalts liegenden unsittlichen Erfolges bilden, zweifelhafter.

Es fragt sich, ob auch hier die durch das Rechtsgeschäft geschaffene Änderung der Rechtslage einen unsittlichen Charakter hat, und dies trifft dann zu, wenn sich die Personen, zwischen denen sich die Rechtsänderung abspielt, sämtlich an der Verfolgung dieses Zweckes beteiligen. Denn dann bildet das Rechtsgeschäft nichts als das Werkzeug der Unsittlichkeit und zwar gleichgiltig, ob es den Zweck direkt verwirklicht, wie im Falle der Veräusserung von Vermögensstücken zwecks Benachteiligung der Gläubiger, oder ob das Rechtsgeschäft nur eine Vorbereitungshandlung bildet, wie bei dem Verkauf oder der Verleihung einer Pistole zur Begehung eines Mordes. Denn wenn auch der Empfänger der Pistole seinen Entschluss jeden Augenblick wieder rückgängig machen kann, so diente doch das Geschäft nach den Absichten der Beteiligten zur Zeit des Abschlusses objektiv diesem Zwecke und wäre ohne diesen Zweck nicht eingegangen worden.

Ist es aber richtig, dass in diesen Fällen der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts ein unsittlicher ist, dann kommt auch der § 138 auf sie zur Anwendung, denn dieser wendet sich, wie schon oben (S. 18) bei der Erörterung des gleichlautenden § 134 ausgeführt ist, nicht bloss gegen die Rechtsgeschäfte, deren I n h a l t, sondern gegen jedes »Rechtsgeschäft, d a s gegen die

guten Sitten verstösst«. Die Geschäfte mit verbotenem Inhalt bilden nur eine Unterart der unsittlichen Geschäfte überhaupt.

In der Litteratur wird allerdings zur Begründung einer einschränkenden Auslegung des § 138 verschiedentlich geltend gemacht, dass die Rechtsordnung blosse Motive, die nicht zu Bestandteilen des Geschäfts erhoben sind, nicht berücksichtige und diese daher auch bei dem § 138 ausser Betracht bleiben müssten[1]). Anerkannt ist indes die Unerheblichkeit der Motive nur für die Frage, wozu die Parteien sich verpflichtet haben, ob jemand beispielsweise aus dem Nichteintritt einer Voraussetzung, von der er ausgegangen ist, Rechte herleiten kann. Bei der Frage dagegen, ob ein Rechtsgeschäft schutzwürdig ist und die Rechtsordnung es anerkennen soll, lässt sich der Satz von der Unerheblichkeit der Motive nicht verwerten, vielmehr zeigen die §§ 123, 138 II B. G. B., dass das B. G. B. hier den gesamten Tatbestand berücksichtigt wissen will, da doch die Motive oft den Charakter des Rechtsgeschäfts erst im richtigen Lichte erscheinen lassen.

Wollte man bei dieser Sachlage entgegen dem Wortlaute des § 138 I diesen einschränkend auslegen, so müssten schon gewichtige Gründe hierfür vorliegen. Es kommt hierbei in Betracht, dass sich die Rechtsordnung nicht ausschliesslich in den Dienst der Moral stellen kann, vielmehr stets auf die Aufrechterhaltung der Verkehrssicherheit Bedacht nehmen muss. Gerade das B. G. B. hat dem Gesichtspunkte der Verkehrssicherheit und des Schutzes des gutgläubigen Dritten in verschiedenen Fragen entscheidendes Gewicht beigelegt. Würde also unsere Auslegung zu einer Gefährdung derselben führen, so würde dies allerdings gegen sie sprechen. Eine solche Gefährdung kommt bei ihr indes nicht in Frage, denn wenn beide Teile an der Verfolgung des unsittlichen Zweckes beteiligt sind, können sie keinen Anspruch auf Rechtsschutz machen.

Man kann auch nicht einwenden, wie Vogel es versucht[2]), dass der § 3 des Reichsgesetzes betreffend die Anfechtung von Rechtshandlungen eines Schuldners ausserhalb des Konkursverfahrens gegen eine Auslegung, die über den Geschäftsinhalt hinausgehe,

---

[1]) Vgl. Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. S. 50 ff.

[1]) Vgl. Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. S. 48 f.

spreche. Vogel führt aus: Wenn das Anfechtungsgesetz Rechtshandlungen, welche der Schuldner in der dem andern Teile bekannten Absicht, seine Gläubiger zu benachteiligen, vorgenommen habe, nur für anfechtbar erkläre, trotzdem das Motiv der Benachteiligung der Gläubiger ohne Zweifel ein unsittliches sei, so werde damit zum Ausdruck gebracht, dass unsittliche Motive allein nicht geeignet seien ein Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen zu stempeln, denn sonst würde das Gesetz Nichtigkeit und nicht bloss Anfechtbarkeit statuiert haben. Diese Auffassung kann aber nicht als richtig anerkannt werden. Mit demselben Rechte könnte man umgekehrt behaupten, es spreche der Umstand, dass ein solches Rechtsgeschäft überhaupt für ungiltig, wenn auch nicht gerade für nichtig erklärt werde, für unsere Ansicht. In Wirklichkeit lässt sich das Anfechtungsgesetz u. E. weder für die eine, noch für die andere Ansicht verwerten. Es liegt nichts weiter vor als, dass das zum Schutz der Gläubiger erlassene Gesetz mit Rücksicht darauf, dass dem Interesse der Gläubiger durch die Anfechtbarkeit genügend gedient ist, die etwaige Unsittlichkeit dieses speciellen Rechtsgeschäfts nicht für so schwerwiegend erachtet, als dass es geradezu für nichtig erklärt werden müsste. —

Prüfen wir nunmehr das Ergebnis der vorstehenden Ansicht im einzelnen, so gelangen wir bei der Frage, inwieweit der § 138 hiernach bei den einseitigen Rechtsgeschäften zur Anwendung kommt, zu demselben Resultate wie auf dem Gebiete des § 134 (vgl. S. 20 ff), wie wir dort auch schon eine Reihe von Beispielen aus dem Bereiche des § 138 verwandt haben. — Zweitens aber ist zu prüfen, wenn eine Beteiligung des einen Teils an dem unsittlichen Zwecke des anderen vorzunehmen ist. Sie liegt jedenfalls nicht vor, wenn beide Teile verschiedene unsittliche Zwecke verfolgen (denn dann handelt es sich auf jeder Seite um rein einseitige Zweckvorstellungen), während sie ohne Zweifel vorhanden ist, wenn sich beide Teile über den Zweck, dem das Rechtsgeschäft dienen soll, ausdrücklich oder stillschweigend geeinigt haben, wie z. B. bei einer remuneratorischen Schenkung, die nach dem Willen beider Parteien eine Entschädigung für erwiesene unsittliche Dienste bilden soll. Dieser Zweck ist nicht Bestandteil des Geschäfts und daher im allgemeinen rechtlich nicht erheblich, er kann aber bei einer alle Momente berücksichtigenden Beurteilung des Geschäfts nicht ausser Betracht bleiben[1]). Zweifel-

[1]) Voraussetzung ist nur, dass der Zweck wirklich im Sinne unserer

haft kann nur die Gruppe von Rechtsgeschäften sein, bei denen den einen Teil (ohne, dass er sich den unsittlichen Zweck des andern zu eigen macht) insofern ein moralischer Vorwurf trifft, als er trotz Kenntnis des Zweckes des Gegners nicht von der Eingehung des Rechtsgeschäfts Abstand nahm. Es verkauft z. B. ein Ehemann sein Haus zu dem dem Käufer bekannten Zwecke, mit dem Erlöse seine Auswanderung zu bestreiten, bei der er Frau und Kinder mittellos zurücklassen will. Der Käufer macht sich der Beihilfe zu der Unsittlichkeit des Verkäufers schuldig, und kann man nicht umhin, ein solches Rechtsgeschäft, welches das Werkzeug der Unsittlichkeit bildet, dem § 138 zu unterstellen[1]). Auch rechtspolitisch besteht kein Grund, weshalb die Rechtsordnung in einem solchen Falle Rechtsschutz gewähren sollte.

Wann nun dem Gegner aus der Nichtabstandnahme von dem Geschäfte ein moralischer Vorwurf zu machen ist, lässt sich nur von Fall zu Fall entscheiden. Dem Verkäufer eines Schmucks, welcher weiss, dass der Käufer diesen seiner Maitresse schenken will, wird niemand einen Vorwurf machen und desgleichen nicht einem Kaufmann, der einem Bordellwirt Waren liefert oder ein Darlehen gibt, ohne dabei aus dem Bordellbetriebe ausser dem üblichen Verdienst an den Waren und den üblichen Darlehnszinsen Vorteile zu ziehen. Diese Rechtsgeschäfte sind daher giltig. Dagegen ist der Verkauf oder die Vermietung eines Revolvers nichtig, wenn der Verkäufer oder Vermieter das Vorhaben des Empfängers, damit einen Mord zu begehen, kannte, da er unter diesen Umständen den Vertrag nicht abschliessen durfte. Spieldarlehen wiederum sind im allgemeinen als giltig anzusehen, da den Darlehnsgeber trotz Kenntnis der Absicht des Empfängers, das Geld zum Spiel zu verwenden, nicht ohne weiteres ein Vorwurf trifft.

---

obigen Ausführungen gegen die guten Sitten verstösst. Dies ist z. B. bei dem in der Litteratur verschiedentlich erwähnten Beispiele einer Geldschenkung, die der Schenkende macht, um seine sparsame Frau zu ärgern, und die der Beschenkte lediglich annimmt, um den Zweck gelingen zu lassen, zu verneinen, wenigstens, soweit sich die Schenkung in solchen Grenzen hält, dass die Existenz der Familie nicht gefährdet wird.

[1]) Vorausgesetzt, dass nicht eine lex specialis wie z. B. das Anfechtungsgesetz Platz greift. Auch in diesem Falle bleibt aber für § 138 noch Raum, wenn noch weitere unsittliche Momente hinzukommen. In obigem Beispiele liegt z. B. die Unsittlichkeit nicht bloss in der pekuniären Benachteiligung der Familie, sondern der Verkäufer beabsichtigt, überhaupt sich seinen Pflichten als Familienvater zu entziehen.

Es können aber die besonderen Umstände des Einzelfalls eine andere Beurteilung rechtfertigen, z. B. wenn mit Rücksicht auf die Vermögensverhältnisse des Empfängers dessen Zukunft durch das Spiel gefährdet wird.[1])

Auch der in Sachen Elly Goltz gegen Reichsbank zur Entscheidung der Gerichte[2]) gebrachte Fall eines Schenkungsvertrages, durch den jemand Gegenstände, die er mit entwendetem Gelde erworben hat, an einen Mitwissenden verschenkt, ist nach denselben Grundsätzen zu beurteilen. Der Charakter der Schenkung als solcher wird durch den Umstand, dass sie dem unvermögenden Schenkenden nur durch den Diebstahl ermöglicht worden ist, nicht beeinflusst, und so kommt es darauf an, welchen Zweck der Schenkende mit ihr verfolgte. Wollte er lediglich seinen Raub in Sicherheit bringen und kannte der Beschenkte diesen Zweck, was in dem erwähnten Falle ohne Zweifel zutraf, so ist die Schenkung für nichtig zu erklären. Anders beispielsweise, wenn jemand vor Jahr und Tag mit entwendetem Geld ein Haus erworben hat und er dieses seinem Sohne, der zufällig den Sachverhalt kennt, als Hochzeitsgeschenk gibt. Diese Schenkung würde u. E. giltig sein und der Sohn nicht zur Herausgabe gezwungen werden können.[3])

3.

Die dritte Gruppe bilden diejenigen Rechtsgeschäfte, welche durch eine unsittliche Handlungsweise zustandegekommen sind.

Es gehören hierhin zunächst diejenigen Fälle, wo jemand einen andern auf unsittliche Weise, z. B. durch eine Täuschung oder eine Drohung zur Abgabe einer rechtsgeschäftlichen Willenserklärung veranlasst, weiter aber auch diejenigen, bei denen die Unsittlichkeit nur darin besteht, dass jemand die ohne seine Beeinflussung zustandegekommene Willenserklärung des Gegners annimmt, trotzdem er weiss, dass dieser nur durch seine augenblickliche Lage, z. B. die Unfreiheit seines Willens, seine Angetrunkenheit oder seine Geistesschwäche dazu veranlasst ist, sie abzugeben.

---

[1]) So auch Entsch. des Reichsgerichts in der Deutschen Juristenzeitung 1908 S. 425.

[2]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 48 S. 293 ff.

[3]) Zur Herausgabe würde er nur verpflichtet sein, wenn die Voraussetzungen des § 822 B. G. B. vorliegen würden. Dies ist aber nicht der Fall. Vgl. Oertmann Kommentar zum B. G. B. 2. Auflage § 822 Anm. 1 Absatz II und Anm. 3.

Denn beide Male kommt das Rechtsgeschäft nicht bloss durch eine unsittliche Handlungsweise zustande, sondern es verstösst auch der rechtliche Erfolg desselben gegen die guten Sitten, denn das Rechtsgeschäft verwirklicht gerade die erstrebte Ausbeutung der Willensunfreiheit, der Angetrunkenheit usw. Hierbei macht es keinen Unterschied, ob das Rechtsgeschäft für den Ausgenutzten geradezu nachteilig ist, oder ob die Ausbeutung nur darin besteht, dass der Beeinflusste überhaupt unter solchen Umständen an den Vertragsinhalt gebunden wird. Nur wird in den Fällen der letzteren Art manchmal zweifelhaft sein, ob die Handlungsweise und der durch sie geschaffene rechtliche Erfolg des Geschäfts wirklich unsittlich sind. Veranlasst jemand z. B. einen andern durch eine arglistige Täuschung, ihm ein Buch zu dem normalen Preise zu verkaufen, welches sich der Verkäufer jederzeit im Buchhandel wieder verschaffen kann, oder zwingt jemand gar seinen höchst zaghaften Freund durch eine Drohung zu einem besonders vorteilhaften Ankauf einer Aktie, so kann man eine solche Handlungsweise kaum als eine gegen die guten Sitten verstossende bezeichnen.

Damit aber, dass ein Rechtsgeschäft einen gegen die guten Sitten verstossenden Erfolg hat, ist noch nicht gesagt, dass auch der Gesamtcharakter des Geschäfts ein unsittlicher ist. Veranlasst A z. B. den B zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts mit C, so ist dies ein rein einseitiges Moment, welches — zumal weder die Erklärung des B, noch die des C unsittlich ist — den Gesamtcharakter der durch das Geschäft herbeigeführten Änderung der Rechtslage nicht beeinflusst. Dies ist vielmehr, wie schon auf dem Gebiete des § 134 (S. 24 f.) ausgeführt ist, nur dann der Fall, wenn die Ausnutzung der einen Partei gerade von der Gegenpartei ausgeht. Denn dann ist das Rechtsgeschäft nichts als das Produkt einer unsittlichen Handlungsweise und dient ausschliesslich dazu, die erstrebte Ausnutzung zu verwirklichen. Auch rechtspolitisch besteht kein Grund, weshalb die Rechtsordnung ein solches Rechtsgeschäft anerkennen und dem Ausbeuter die Früchte seiner unsittlichen Handlungsweise sichern sollte.

Ist hiernach die Nichtigkeit der vorstehend erörterten Rechtsgeschäfte in letzter Linie nicht auf die Unsittlichkeit der Handlungsweise als solcher, sondern auf die Unsittlichkeit der dadurch erzielten Wirkungen zurückzuführen, so zeigt sich damit, wie eng diese Gruppe mit den wegen ihres Zweckes unsittlichen Rechtsgeschäften verwandt ist. Bei letzteren handelt es sich um Fälle,

wo beide Teile den unsittlichen Erfolg erstreben oder doch an seiner Herbeiführung beteiligt sind, hier um solche, wo nur der eine Teil eine unsittliche Wirkung bezweckt, wo diese Wirkung aber gerade in der Ausnutzung des Gegners besteht.

Diese Verwandschaft gibt uns einen Anhaltspunkt bei der Entscheidung der Frage, ob unserer Ansicht über die Tragweite des § 138 I etwa der § 123 entgegensteht. Bejaht wird diese Frage namentlich von Vogel[1]), welcher ausführt: wenn § 123 Rechtsgeschäfte, welche durch Täuschung oder Drohung zustandegebracht sind, nur für anfechtbar erkläre, so folge daraus, dass Rechtsgeschäfte, die mit unsittlichen Mitteln herbeigeführt sind, allein hierdurch noch nicht unsittliche Rechtsgeschäfte im Sinne des § 138 I werden. Dieser Schluss würde nur dann vielleicht begründet sein, wenn auch der § 123 aus dem Gesichtspunkte heraus erlassen wäre, dass die Wirkungen eines durch Täuschung oder Drohung zustandegebrachten Rechtsgeschäfts unsittlich seien. In Wirklichkeit aber verfolgen die §§ 123 und 138 I ein Rechtsgeschäft aus sehr verschiedenen Gründen. Der § 123 kritisiert die Willenserklärung des Ausgebeuteten und zwar wegen ihres Zustandekommens, der § 138 I die Willenserklärung des Ausbeutenden und zwar wegen ihrer Wirkung; überdies ist bei § 123 der Grund der Missbilligung die Unfreiheit des Willensentschlusses[2]) — gleichgiltig, ob die Täuschung oder Drohung im Einzelfalle gegen die guten Sitten verstösst oder nicht —, bei § 138 dagegen die Unsittlichkeit der erzielten Ausbeutung. Es geht daher nicht an, den § 123 gegen unsere Auslegung des § 138 I zu verwerten, vielmehr handelt es sich, wenn es richtig ist, dass die Voraussetzungen des § 138 hier an sich vorliegen, um zwei von verschiedenen Gesichtspunkten aus unabhängig von einander an einen Tatbestand herantretende Massstäbe. Diese Unabhängigkeit zeigt sich darin, dass nicht jede arglistige Täuschung oder Drohung unsittlich zu sein und gegen die guten Sitten verstossende Wirkungen zu haben braucht (vgl. die Beispiele S. 51), wie auch umgekehrt die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts unsittlich sein

---

[1]) Vgl. Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts S. 40. Vgl. ferner für das gemeine Recht Seuffert's Archiv Bd. 29 Nr. 117.

[2]) Dies folgt schon aus der Stellung des § 123 im System des B. G. B.

können, ohne dass eine arglistige Täuschung oder Drohung vorliegt, z. B. wenn jemand ein besonders günstiges Angebot eines Angetrunkenen, dessen Neigung zu leichtsinnigen Geschäften im Zustande der Angetrunkenheit er kennt, annimmt.

Dieser verschiedenartige Ausgangspunkt der beiden Paragraphen erklärt auch den Unterschied im Grade der Ungiltigkeit. Oertmann [1]) erklärt die im § 123 angedrohte Anfechtbarkeit damit, dass die erzwungene Willenserklärung als solche inhaltlich tadellos sei und nur ihre historische Entstehung an einem Mangel leide, während den Rechtsgeschäften des § 138 I und auch den im § 138 II besonders erwähnten wucherlichen Geschäften ein objektiver Mangel anhafte. Wäre dies aber der Grund, dann hätte das Gesetz doch wenigstens dort Nichtigkeit statuieren müssen, wo im Einzelfalle ein gezwungenes Geschäft wegen des Missverhältnisses zwischen Leistung und Gegenleistung auch objektiv mangelhaft ist. Der wirkliche Grund ist vielmehr der, dass der § 123 nicht die Unsittlichkeit des Geschäfts, sondern die bei seinem Abschluss erfolgte Beeinträchtigung der Willensfreiheit verfolgt, und dass von diesem Gesichtspunkte aus die Anfechtbarkeit genügt. Ein weiterer Grund mag der sein, dass der Tatbestand des § 123 ein genau abgegrenzter ist und der Gesetzgeber deshalb die Anfechtbarkeit hier für genügend angesehen hat, im Gegensatz zu der allgemeinen Norm des § 138 [2]). Übrigens sind Nichtigkeit und Anfechtbarkeit nach heutigem Recht lediglich verschiedene Erscheinungsformen der Ungiltigkeit. — Auffallen könnte nur, dass das Gesetz überhaupt die arglistige Täuschung und die Drohung besonders regelt. Es erklärt sich dies daher, dass die in den §§ 116 ff. getroffene Regelung der Willensmängel sonst nicht vollständig sein würde, dass auch in den früheren Gesetzgebungen Täuschung und Drohung stets besonders geregelt gewesen sind, und vor allem, dass das Gesetz auch dann einen Rechtsbehelf geben wollte, wenn die Täuschung oder Drohung im Einzelfall nicht gegen die guten Sitten verstösst.

Zweifel bestehen über das Verhältnis zwischen den beiden §§ nur dort, wo bei einem Geschäft die Voraussetzungen beider

---

[1]) Vgl. Kommentar zum B. G. B. 2. Auflage Anm. C 3 b zu § 123.

[2]) Vgl. zu dieser Frage noch Blume in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 38 S. 263 f, welcher die Berechtigung der verschiedenartigen Regelung überhaupt bestreitet.

§§ vorliegen. Es wird z. B. jemand durch Drohungen zur Eingehung eines Rechtsgeschäfts gezwungen, und dieses ist zugleich nach Lage des Einzelfalls als unsittlich zu bezeichnen. Es sind hier zwei Auffassungen möglich. Entweder geht der § 138 dem § 123 vor, sodass letzterer nur dort zur Anwendung kommt, wo nicht auch zugleich die Voraussetzungen des § 138 vorliegen. Dies würde dazu führen, dass dem § 123 nur ein sehr geringer Geltungsbereich bliebe. Oder der § 123 bildet gegenüber dem § 138 eine lex specialis, sodass überall, wo eine Täuschung oder Drohung vorliegt, nur zu prüfen ist, ob der Tatbestand des § 123 vorliegt. Letzteres entspricht allein dem Sinne des Gesetzes, da nur bei dieser Auslegung dem § 123 die ihm zugedachte Tragweite verbleibt und er sonst praktisch nahezu bedeutungslos sein würde. Überall dort aber, wo jemand nicht den Geschäftswillen des Gegners hervorruft, sondern ihn nur insofern ein Vorwurf trifft, als er sich einen bereits vorhandenen Geschäftswillen in unsittlicher Weise zu Nutze macht (es kauft z. B. jemand eine in dem Probeheft eines Briefmarkenhändlers enthaltene Marke, die infolge einer offenbaren Verwechselung um ein Vielfaches zu niedrig angesetzt ist, ohne den Verkäufer vorher aufzuklären[1]), oder wo jemand den Geschäftswillen des Gegners durch andere Mittel als durch Täuschung oder Drohnng zustandebringt, kommt § 138 I zur Anwendung.

Die Richtigheit der vorstehenden Auslegung des § 138 I bestätigt auch der Absatz II desselben. Dieser erklärt, dass die (wucherischen) Rechtsgeschäfte, welche durch eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns oder der Unerfahrenheit eines andern zustande gebracht sind, und bei denen diese Ausbeutung in einem auffälligen Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung zu Tage tritt, unter allen Umständen nichtig sein sollen. Man könnte geneigt sein bei den wucherischen Geschäften den Geschäftsinhalt als solchen — das Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung — für unsittlich zu erachten und sie in der Seite 44 ff. behandelten ersten Gruppe einzureihen. Das eigentliche Unsittliche liegt aber nicht in dem Inhalt des Geschäfts, sondern in dem Benehmen der einen Partei beim Abschluss desselben, und ist das Wuchergeschäft dem durch Täuschung oder Drohung zustandegebrachten so eng verwandt, dass es näher liegt, es den

[1]) Vgl. auch Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 4 204 f.

Rechtsgeschäften der dritten Gruppe zuzurechnen[1]). Es fragt sich dann, ob der § 138 II eine Ausnahmebestimmung bildet, oder ob er unsere Ansicht, dass auch Rechtsgeschäfte, die durch eine unsittliche Handlungsweise herbeigeführt sind, nach § 138 I nichtig sein können, bestätigt. Erstere Ansicht vertritt u. a. Vogel[2]), indem er ausführt: der Umstand, dass die Rechtsgeschäfte des § 123 nur anfechtbar seien, zeige, dass ein unsittliches Mittel allein ein Rechtsgeschäft nicht nichtig machen könne; hinzukommen müsse ein objektives Moment, beim Wuchergeschäft bestehend in dem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung; es könnten also Rechtsgeschäfte, die durch andere Mittel als durch eine Ausbeutung der Notlage, des Leichtsinns und der Unerfahrenheit zustandegekommen seien, dem § 138 I nur dann unterstellt werden, wenn daneben wie beim Wucher ein objektives, im Geschäft enthaltenes Element, welches dem Missverhältnis der Leistungen entspreche, vorliege. Er erwägt dann, dass an sonstigen Mitteln in Litteratur und Praxis sich nur aufgeführt finden: die Ausnutzung eines Irrtums[3]), der Trunkenheit, Verschwendung oder Geistesschwäche des Gegners[4]) oder sonstige niedrige Gesinnung[5]), und dass an Versuchen, neue objektive Momente zu finden, nur die Ansicht von Rehbein[6]) zu erwähnen sei, derzufolge ein Börsenspekulationsgeschäft unsittlich sei, zu dem der eine Teil den andern unter Ausbeutuog der Unerfahrenheit oder des Leichtsinns desselben gewohnheitsmässig und in gewinsüchtiger Absicht verleitet hat (§ 78 des Börsengesetzes), und kommt dann zu dem Resultate, dass diese Versuche, den § 138 II zu verallgemeinern, keine weitgehende Perspektive eröffnen und diese geringe Aussicht darauf hindeute, dass der § 138 II kein echtes Beispiel eines unsittlichen Geschäftes des § 138 I sei. Das Wucherverbot sei vielmehr nach seiner geschichtlichen Entwickelung und nach seiner Fassung im § 138 II trotz des Wortes »insbesondere« ein Ausnahmegesetz und nicht verallgemeinerungsfähig. — Diese

---

[1]) Vgl. Vogel Der Begriff des gegen die guten Sitten verstossenden Rechtsgeschäfts nach § 138 I B. G. B. § 6 Seite 38 ff mit Citaten.

[2]) l. c. S. 42 ff.

[3]) Vgl. Rechtsprechung der Oberlandesgerichte 4 204 f.

[4]) Vgl. Hachenbnrg Vorträge über das B. G. B. 1898 S. 195.

[5]) Vgl. Staudinger Kommentar zum B. G. B. § 138 Anm. 5 mit Citat.

[6]) Vgl. Rehbein Das B. G. B. mit Erläuterungen 1899 Bd. I S. 183.

Ausführungen können indes nicht als begründet anerkannt werden. Es steht ihnen nicht bloss der Wortlaut des Gesetzes (»insbesondere«), sondern auch seine Entstehungsgeschichte entgegen. Im gemeinen, Recht hatte sich allerdings ein allgemeiner Satz dahin, dass jedes wucherliche Geschäft als contra bonos mores verstossend nichtig sei, noch nicht durchgerungen. Der 1. Entwurf zum B. G. B. dagegen ging davon aus, dass Handlungen, welche — wenn auch nur im Falle gewohnheitsmässiger Vornahme — für strafbar erklärt seien, als unsittliche Handlungen behandelt werden müssten, und enthielt aus diesem Grunde keine besondere Bestimmung über das wucherliche Geschäft. Erst die Reichstagskommission brachte die besondere Bestimmung des 2. Absatzes in das Gesetz hinein, aber nicht etwa, weil sie Bedenken trug das wucherliche Geschäft als gegen die guten Sitten verstossend anzusehen und es dem § 138 I zu unterstellen, sondern nur, weil sie Wert darauf legte, dass eine so wichtige, ins Civilrecht tief einschneidende Vorschrift im B. G. B. nicht unerwähnt bleibe[1]). Hiernach kann es nicht zweifelhaft sein, dass der § 138 II ein echtes Beispiel des unsittlichen Rechtsgeschäfts im Sinne des § 138 I bildet und er unsere Ansicht, dass ein unsittliches Mittel ein Rechtsgeschäft zu einem unsittlichen stempeln kann, bestätigt. Die Besonderheit des Abs. II besteht nur darin, dass die wucherlichen Geschäfte kraft unwiderlegbarer Vermutung als unsittlich gelten und unter allen Umständen nichtig sind[2]).

Es kann sich nur fragen, ob etwa aus § 138 II gefolgert werden muss, dass bei den wegen des angewandten unsittlichen Mittels zu beanstandenden Rechtsgeschäften der Tatbestand des Abs. I nur dann erfüllt ist, wenn das Geschäft ein dem auffälligen Missverhältnis zwischen den Leistungen im Tatbestande des Abs. II entsprechendes objektives Moment enthält. Vogel[3]) schliesst dies aus § 123. Demgegenüber muss aber darauf hingewiesen werden, dass bei vielen oder gar bei den meisten der durch Täuschung oder Drohung zustandegekommenen Geschäften ein Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung und damit ein objektives unsittliches Moment vorliegt, und dass das Gesetz, wenn Vogel's Ansicht richtig wäre, die Anfechtbarkeit auf die Fälle, wo das objektive Moment fehlt, beschränkt haben würde.

---

[1]) Vgl. die Berichte der Reichstagskommission bei Haidlen B. G. B. zu § 138.
[2]) Vgl. z. B. Planck Kommentar zum B. G. B. § 138 Anm. 3.
[3]) siehe oben.

Dafür, dass die Rechtsgeschäfte des § 123 wegen des Fehlens eines objektiven Moments nur anfechtbar sind, liegt daher nichts vor. Vielmehr lässt sich der § 123 umgekehrt als Beispiel dafür anführen, dass das B. G. B. ein Rechtsgeschäft auch beim Fehlen eines objektiven Moments gegen Mängel des Zustandekommens nicht unempfindlich sein lässt, und kann daher beim Tatbestande des § 138 I ein objektives Moment, welches dem Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung im Abs. II entspricht, nicht als begrifflich notwendig angesehen werden. Dass der Abs. II lediglich solche Rechtsgeschäfte, bei denen ein auffälliges Missverhältnis besteht, erwähnt, erklärt sich daraus, dass er nur die wucherlichen Geschäfte treffen und besonders hervorheben will, und dass nach dem allgemeinen Sprachgebrauch zum Begriff des Wuchers eine Übervorteilung gehört. Hinzu kommt, dass sich für diejenigen Rechtsgeschäfte, bei denen ein derartiges aus dem Geschäft selbst erkennbares objektives Moment nicht vorliegt, keine allgemeine Norm aufstellen lässt, sondern die Entscheidung ganz von der Lage des einzelnen Falls abhängt. Wird jemand z. B. im Zustande der Angetrunkenheit veranlasst einen alten Familienbesitz zu verkaufen und hat der Käufer ihn eigens zu dem Zwecke betrunken gemacht, um aus seiner Angetrunkenheit und der bei ihm in diesem Zustande bestehenden Willensschwäche Vorteile zu ziehen, so wird man geneigt sein den Kauf für unsittlich zu erklären, mag auch keine Vermögensbeschädigung vorliegen und die Ausnutzung der Angetrunkenheit nur darin bestehen, dass der Verkäufer, der im nüchternen Zustande seinen Besitz nicht verkauft haben würde, überhaupt zum Verkaufe veranlasst worden ist. Anders dagegen in den S. 51 erwähnten Fällen. —

Prüfen wir nunmehr das Ergebnis der vorstehenden Erörterungen im einzelnen, so führt sie dahin, dass in den oben (S. 41) aufgeführten Fällen — bei einer Ausnutzung der Angetrunkenheit, der Geistesschwäche, des Irrtums oder der Furcht des Gegners usw. — einer Anwendung des § 138 I keine Bedenken entgegenstehen. Zweifelhaft ist nur, inwieweit das Ausgeführte auch für die einseitigen Rechtsgeschäfte gilt. Das unsittliche liegt, wie wir darzulegen versucht haben, bei den auf eine unsittliche Weise zustandegekommenen Rechtsgeschäften darin, dass sich jemand durch das Rechtsgeschäft die Lage des Gegners in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise zu eigen macht und dadurch

der Gesamtcharakter des Geschäfts ein unsittlicher wird. Da nun bei den einseitigen Rechtsgeschäften eine Mitwirkung des Ausbeuters begrifflich ausgeschlossen ist, so scheiden sie hier im allgemeinen ohne Weiteres aus: bei den nicht empfangsbedürftigen Geschäften ist ein Gegner überhaupt nicht vorhanden, und an den empfangsbedürftigen nimmt der Erklärungsempfänger lediglich passiv teil, sodass ihm kein Vorwurf gemacht und seine Beteiligung an dem Rechtsgeschäft nicht als unsittlich bezeichnet werden kann. Eine Ausnahmestellung nehmen aber eine Reihe von Geschäften, die eine Zuwendung zum Gegenstande haben, ein (vgl. S. 20 ff). Zwar kommt auch hier das Rechsgeschäft als solches ohne Mitwirkung eines andern zustande, zur inneren Vollendung der Zuwendung muss aber noch ein Erwerbsakt hinzukommen, durch den die Vermögensverschiebung erst perfekt wird. Damit der mit der Testamentserrichtung bezweckte Vermögensübergang stattfindet, ist z. B. erforderlich, dass der Bedachte nach dem Tode des Erblassers das ihm Zugewandte annimmt oder — nach der Konstruktion des B. G. B. — es nicht ausschlägt. Es fragt sich, ob es hier nicht genügt, dass dieser Erwerbsakt unsittlich ist, um das Rechtsgeschäft nichtig zu machen. Jemand hat z. B. einen Angetrunkenen bestimmt zu seinen Gunsten ein Testament zu errichten und dieser ist verstorben, ohne das Testament wieder aufgehoben zu haben. Der Errichtungsakt ist allerdings einwandfrei, da der Testator von keiner unsittlichen Gesinnung geleitet wurde. Der § 138 prüft aber nicht so sehr den Akt der Errichtung, als die Wirkungen des Geschäfts, die dadurch geschaffene Vermögensverschiebung. Diese ist erst mit dem Erwerbsakt seitens des Bedachten beendet, und es lässt sich auch ihr Charakter nur beurteilen, wenn man die Person des Bedachten mit heranzieht. Ein Grund, weshalb nicht auch hier die gesamten Tatbestandsmomente zur Beurteilung herangezogen werden sollten, besteht nicht, und es findet daher bei diesen Rechtsgeschäften der § 138 I Anwendung.

3. Capitel.

Die Anwendbarkeit der §§ 134, 138 I B. G. B. auf abstrakte Rechtsgeschäfte.

Nachdem wir im Vorstehenden die Tragweite der §§ 134, 138 im allgemeinen erörtert haben, bleibt noch die weitere Frage zu prüfen, ob sie auch auf abstrakte Rechtsgeschäfte zur Anwendung kommen, oder ob diese trotz Vorliegens eines Verstosses gegen diese Paragraphen formell giltig und ihre Wirkungen nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung durch Klage und Einrede zu entkräften sind[1]).

1.

Es ist zunächst kurz der Begriff der abstrakten Geschäfte darzulegen.

a. Wie schon früher hervorgehoben ist, gehört zur inneren Vollendung einer Zuwendung, dass der mit ihr verfolgte Zweck, soweit er rechtlich erheblich ist, erreicht wird, und es entspricht daher dem Willen der Beteiligten, dass die Rechtsordnung die Wirksamkeit der Zuwendung von der Erreichung des Zweckes abhängig sein lässt. Bei causalen Geschäften besteht diese Abhängigkeit darin, dass die Zuwendung ohne Erreichung des Zweckes geradezu ungiltig ist. Die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises besteht z. B. nur dann zu Recht, wenn auch die Verpflichtung des andern Teils zur Lieferung der gekauften Sache rechtsbeständig ist. Bei abstrakten Geschäften dagegen wird deren Giltigkeit als solche durch die Nichterreichung des Zweckes nicht berührt, die Vermögensverschiebung tritt auch ein, wenn eine Einigung über den Zweck, welche überhaupt nicht Bestandteil des abstrakten Rechtsgeschäfts, sondern Gegenstand eines besonderen

[1]) Die S. 21 Anm. 1 u. S. 24 Anm. 2 erwähnten vollständig abstrakten Rechtsgeschäfte scheiden bei dieser Frage aus.

Vertrages ist[1]), nicht zustandegekommen oder aus irgend einem Grunde unwirksam ist, und es hat der Zuwendende nur die Möglichkeit, die an sich rechtsbeständige Zuwendung wegen Nichteintritts des Zwecks durch Klage oder Einrede rückgängig zu machen und zu entkräften. Zu den abstrakten Geschäften gehören die Eigentumsübertragung und das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis. Wird z. B. dem Käufer die Kaufsache zu Eigentum übertragen und dem Verkäufer ein Schuldversprechen über den Kaufpreis gegeben, so wird der Käufer Eigentümer der Sache und der Verkäufer forderungsberechtigt, auch wenn ein giltiger Kaufvertrag nicht vorliegt. Es kann aber, weil der Zweck der Eigentumsübertragung und der Ausstellung des Schuldversprechens, eine giltige Verpflichtung zur Lieferung der Sache zu erfüllen und eine rechtsbeständige Kaufpreisschuld sicher zu stellen, nicht eingetreten ist, gemäss § 812 B. G. B. der Verkäufer auf Rückgabe der Sache, der Käufer auf Rückgabe des Schuldscheins und Befreiung von der Verpflichtung aus diesem klagen und der Käufer sich auch gegenüber einer Klage aus dem Schuldversprechen gemäss § 821 B. G. B. durch eine Einrede schützen.[2])

b. Eine andere Frage ist es, wann im Einzelfall ein Rechtsgeschäft abstrakt ist.

Das unterscheidende Kriterium liegt nicht in der Form, in der ein Rechtsgeschäft erscheint, sondern — wenigstens nach heutigem Recht — in dem Willen der Parteien. Die Möglichkeit eines Willens dahingehend, dass die Zuwendung von ihrer causa unabhängig sein solle, wird zu Unrecht von einigen bestritten[3]). Richtig ist allerdings, dass ein Handeln ohne Zwecke ein psychologisches Unding ist[4]). Wohl aber kann der Handelnde entscheiden, in welcher Weise die Erreichung des Zweckes auf den Bestand

---

[1]) Vgl. Cosack Lehrbuch des deutschen bürgerl. Rechts I § 52 S. 156.

[2]) Vgl. gegen die Unterscheidung zwischen abstrakten und causalen Geschäften. Kindel (das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund) und, ihm sich anschliessend, z. B. Kuhlenbeck (Von den Pandeckten zum B. G. B. I S. 321, das B. G. B. Vorbem. vor § 780). Kindel (S. 13) bezeichnet die Unterscheidung als unlogisch, da es nur giltige und nicht giltige Geschäfte und keine Zwischenstufe gebe. Vgl. dagegen Oertmann in Grünhut's Zeitschrift für das Privat- und Öffentliche Recht Bd. 21 S. 741 ff.

[3]) Vgl. ausser Kindel und Kuhlenbeck Neubecker im Achiv für bürgerliches Recht Bd. 22 S. 74 und 92.

[4]) Vgl. Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 3. Aufl. S. 8 und 15, Klingemüller Der Begriff des Rechtsgrundes S. 36.

der Zuwendung von Einfluss sein soll, ob sie die Bedingung der Zuwendung sein oder nur für etwaige Rückforderungsansprüche des Zuwendenden Bedeutung haben soll[1]). Dass er sich hierbei des juristischen Unterschiedes im einzelnen bewusst wird, ist nicht erforderlich (vgl. oben S. 10 Anm. 2), und es kommt überhaupt, wo das B. G. B. sich nicht so sehr der Willenstheorie als der Erklärungstheorie angeschlossen hat (vgl. oben S. 8 Anm. 1), nicht so sehr auf das wirkliche Vorhandensein dieses Willens als auf den objektiven Inhalt der Erklärung an, d. h. darauf, was als gewollt erscheint. Wer sich einer der Rechtsgeschäftstypen, welche teils wie z. B. Kauf und Miete in causalem, teils wie z. B. die Eigentnmsübertragung und die Erteilung eines Schuldversprechens in abstraktem Sinne geregelt sind, bedient, erklärt damit, dass er die von der Rechtsordnung vorgesehene Art der Abhängigkeit will. Demnach können Zweifel nur dort bestehen, wo der Inhalt einer Erklärung zweideutig ist. Wenn z. B. jemand in einer Urkunde anerkennt eine bestimmte Summe schuldig zu sein, so kann dies eine blosse Beweisurkunde oder ein abstraktes Schuldanerkenntnis sein. Hier ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände eine Entscheidung über die Bedeutung der Erklärung möglich. Insbesondere ist dabei die Fassung der Urkunde in Betracht zu ziehen. Die mehr oder weniger genaue Angabe der causa in der Urkunde bildet, wenn sie auch nicht allein ausschlaggebend ist[2]), doch ein wichtiges Erkennungsmittel dafür, wie die Erklärung aufzufassen ist.

c. Mit der causa des Rechtsgeschäfts ist bei einem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis[3]) die Schuld, welche anerkannt wird, nicht zu verwechseln. Schliesst z. B. ein Vater mit einem Wucherer einen Vertrag dahin, dass er die Schulden seines Sohnes bezahlen will und der Wucherer sich dafür verpflichtet den bisherigen Lebenswandel seines Sohnes geheim zu halten, und stellt er daraufhin einen Schein dahin aus, dass er die »Schulden seines

---

[1]) Vgl. Bähr l. c. S. 14 und 132, welcher den Unterschied dahin formuliert, dass die abstrakte Znwendung gewollt sei, weil, die causale, wenn der Zweck erreicht werde. In einem Fall sei der Zweck Voraussetzung, im andern Fall Bedingung der Zuwendung. Ebenso Seuffert's Archiv Bd. 21 Nr. 30.

[2]) Vgl. Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des B. G. B. Bd. II 502.

[3]) Der Unterschied zwischen beiden liegt lediglich in dem Wortlaut der Urkunde. Vgl. Motive zu dem Entwurf eines B. G. B. II 690, Collatz in Jherings Jahrbüchern Bd. 40 S. 127 f.

Sohnes als eigene übernimmt und anerkennt«, so ist der Zweck dieses Versprechens die Sicherstellung der Forderungen des Wucherers aus der erwähnten Abmachung auf Schweigegeld, eine causa, die vielleicht nicht zu beanstanden ist. Übernommen und anerkannt sind dagegen die aus den Wuchergeschäften herrührenden und nicht rechtsbeständigen Schulden des Sohnes. — Auch die etwaigen Mängel dieser anerkannten Schuld sind von rechtlicher Bedeutung, und zwar beeinflussen sie abstrakte und causale Rechtsgeschäfte in gleicher Weise wie die Mängel der eigentlichen causa. Hat in dem erwähnten Beispiele der Vater wirklich lediglich fremde Schulden mit bürgschaftsähnlichem Effekt übernommen und anerkannt und sich nicht etwa schlechthin verpflichtet, eine bestimmte, der Höhe der Schulden des Sohnes entsprechende Summe als Schweigegeld zu zahlen, so ist der dem abstrakten Anerkenntnis zu Grunde liegende gegenseitige Vertrag zwischen dem Vater und dem Wucherer als causales Rechtsgeschäft ohne Weiteres nichtig und gegenstandslos. Bei dem abstrakten Anerkenntnis kommt es darauf an, ob dieses nur von der causa oder auch von der anerkannten Schuld abstrahiert ist. Lautet die Schuldurkunde, wie oben angegeben ist, so ist anzunehmen, dass die Parteien nur von der causa haben abstrahieren wollen, und dass das abstrakte Rechtsgeschäft durch die Giltigkeit der anerkannten Schuld bedingt sein soll, denn auf diese ist in der Urkunde ausdrücklich Bezug genommen. Hätte der Vater dagegen in obigem Falle trotz seiner Absicht, sich im Effekt lediglich zu verbürgen, dem Wucherer einen Wechsel in Höhe der Schulden seines Sohnes ausgestellt, so würde dieser Wechsel auch von der anerkannten Schuld abstrahiert sein und der Vater sich gegenüber einer Klage des Wucherers aus dem Wechsel nur nach Massgabe der §§ 812 ff. B. G. B. schützen können. Wegen dieser Gleichartigkeit der Behandlung gilt dasjenige, was im Nachfolgenden von dem Einfluss einer verbotswidrigen oder gegen die guten Sitten verstossenden causa auf das abstrakte Rechtsgeschäft gesagt ist, auch für solche Mängel der anerkannten Schuld.

2.

Von den abstrakten Rechtsgeschäften scheiden bei der weiteren Untersuchung diejenigen ohne Weiteres aus, bei denen die Zuwendung selbst verbotswidrig oder unsittlich ist. Dies würde z. B. der Fall sein, wenn jemand abstrakt versprechen würde ein

Delikt zu begehen[1]), oder wenn er entgegen einem absoluten Veräusserungsverbote eine Veräusserung vornehmen würde, es trifft aber auch dann zu, wenn ein an sich makelfreies abstraktes Versprechen an eine Bedingung geknüpft wird, durch die der Charakter des Versprechens ein verbotswidriger oder unsittlicher wird, insbesondere, wenn durch besondere Parteiabrede der abstrakte Charakter eines Rechtsgeschäfts teilweise aufgehoben wird und die causa die erwähnten Mängel hat, z. B. wenn jemand ein Schuldversprechen an die Bedingung knüpft, dass der Bedachte ein Delikt begeht. In diesen Fällen ist die Zuwendung als solche, die den Gegenstand des abstrakten Rechtsgeschäfts bildet, nichtig.

Manche stellen dem diejenigen Fälle gleich, in denen ein über ein Schuldversprechen oder Schuldanerkenntnis ausgestellter Schuldschein in einer erkennbaren Weise auf eine verbotswidrige oder unsittliche Verbindlichkeit Bezug nimmt[2]). Dem ist insofern beizutreten, als dort, wo ein Schuldschein den Makel der causa erkennen lässt, meisst kein abstraktes Rechtsgeschäft vorliegt. Liegen aber wirklich Umstände vor, die auf den Willen der Parteien, die Obligation von ihrer causa zu abstrahieren, hindeuten, so ist nicht einzusehen, warum — wenn einmal die Rechtsordnung zulässt, dass eine Obligation von ihrer causa losgelöst wird — die rein äusserliche Tatsache der Erwähnung der causa im Schuldschein der Anerkennung eines dahingehenden Parteiwillens entgegen stehen soll[3]).

Dagegen scheiden weiter diejenigen abstrakten Rechtsgeschäfte aus, die durch eine verbotswidrige oder unsittliche Handlungsweise zustande gebracht sind. Erreicht jemand z. B. durch Ausnutzung der Angetrunkenheit eines anderen, dass dieser ihm eine Summe zu schenken verspricht oder einen Gegenstand weit über dem wirklichen Wert abkauft, und dass ihm die geschenkte Summe oder der Kaufpreis sofort bezahlt oder ein Wechsel darüber ausgestellt wird, so ist auch der abstrakte Akt — die Uebereignung des Geldes oder die Ausstellung des Wech-

---

[1]) Vgl. l. 26 f D 45. 1: generaliter novimus turpes stipulationes nullius momenti esse. Veluti si quis homicidium vel sacrilegium se facturum promittat, non valet. Sed et officio quoque Praetoris continetur ex huius modi obligationibus actionem denegari. Ferner l 35 § 1 D 45 1: veluti si sororem nupturum sibi aliquis stipuletur.

[2]) Vgl. Oertmann in der deutschen Juristenzeitung 1902 S. 106.

[3]) Vgl. Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 3. Aufl. § 7 Anm. 1a.

sels — ein Produkt seiner unsittlichen Handlungsweise und enthält eine weitere Ausbeutung des Gegners. Derartige Rechtsgeschäfte sind daher trotz ihrer Abstraktheit nichtig. Ihre Abstraktheit bedeutet nur, dass sie gegen Mängel der causa unempfindlich sind, nicht aber etwa, dass auch Mängel, die dem abstrakten Geschäft selbst anhaften, die Giltigkeit nicht zu beeinflussen vermögen. Dem Vorstehenden entspricht, dass der § 138 II B. G. B. beim Wucher ausdrücklich auch die Nichtigkeit des abstrakten Aktes anordnet, soweit dieser den unmittelbaren und gewollten Erfolg des unsittlichen Handelns bildet[1]).

3.

Die oben erwähnte und den Gegenstand dieses Capitels bildende Streitfrage beschränkt sich somit auf diejenigen abstrakten Rechtsgeschäfte, bei denen nur die causa oder der von uns der causa gleichgestellte weitere Zweck des Geschäfts (vgl. S. 18 ff. und 46 ff.) gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstösst. Nur bei ihnen kann zweifelhaft sein, ob sich die Fehlerhaftigkeit auch der abstrakten Zuwendung mitteilt. Zu unterscheiden sind hierbei diejenigen Fälle, bei denen das abstrakte Geschäft zeitlich nicht mit dem fehlerhaften Causalgeschäft zusammenfällt, und diejenigen, bei denen beide gleichzeitig abgeschlossen werden.

a.

Was die Fälle der ersten Art angeht, so geht die eine Ansicht davon aus, dass im B. G. B. ein Widerspruch bestehe. Nach den §§ 134, 138 sei jedes Rechtsgeschäft, welches gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten verstosse, nichtig, also auch ein abstraktes Rechtsgeschäft, welches zur Erfüllung oder Sicherung einer Forderung aus einem nach den §§ 134, 138 nichtigen Causalgeschäft eingegangen werde, und doch statuiere der § 817 ein Rückforderungsrecht hinsichtlich des auf Grund eines solchen Causalgeschäfts Geleisteten, was voraussetze, dass an sich eine giltige Leistung vorliege. Dieser Widerspruch sei dahin zu lösen, dass die §§ 134, 138 als allgemeine Norm vorgingen, und es seien daher alle abstrakten Rechtsgeschäfte nichtig; nur habe der Beklagte den Mangel, der dem Causalgeschäft anhafte, als rechts-

---

[3]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 57 95 ff und Oertmann Kommentar zum B. G. B. § 138 Anm. C 4.

hindernde Tatsache zu beweisen[1]). In erster Linie bezieht sich diese Lehre auf diejenigen Rechtsgeschäfte, die eine abstrakte Forderung begründen, und manche nehmen von diesen auch noch diejenigen aus, welche mit Rücksicht auf dritte Personen eingegangen werden wie der Wechsel, der kaufmännische Verpflichtungsschein und das Inhaberpapier[2]). Dernburg[3]) vor allem aber erstreckt diese Lehre ausdrücklich auch auf die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts. — Demgegenüber nimmt die herrschende Meinung[4]) an, dass sämtliche abstrakten Rechtsgeschäfte mit nichtigem Causalgeschäft giltig sind und dem Schuldner nur gemäss § 817 die Möglichkeit offen steht unter gewissen Voraussetzungen die Leistung zurückzufordern und sich einredeweise zu schützen.

Der praktische Unterschied zwischen beiden Ansichten zeigt sich insbesondere bei den dinglichen Rechtsgeschäften. Nach der ersten Ansicht ist eine Eigentumsübertragung oder die Begründung oder Abtretung eines dinglichen Rechts nichtig, das Eigentum und das dingliche Recht bleiben dem Veräusserer und fallen in dessen Konkursmasse, und es kann der Veräusserer die dem Erwerber übergebene Sache oder Urkunde über das Recht mit der Eigentumsklage zurückverlangen (§ 985 B. G. B.), ohne den Beschränkungen des § 817 B. G. B. zu unterliegen; nach der letzte-

---

[1]) Vgl. Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 63, Klingmüller Der Begriff des Rechtsgrundes S. 84 f und das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis S. 131 ff, Staub Kommentar zum Handelsgesetzbuch Bd. II S. 1087 f.

[2]) Vgl. Rümelin im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 98, insbesondere S. 291 f. Ähnlich führt Crome (System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II S. 1000) aus: die Ansicht, dass diese Geschäfte giltig seien, öffne der Gesetzesumgehung Tor und Tür. Giltig seien nur diejenigen, die nach dem Gesetz notwendig oder regelmässig abstrakt seien wie die Wechselausstelluug und Eigentumsübertragung.

[3]) Vgl. das bürgerliche Recht Bd. II 1 § 90 und Bd. II 2 § 379.

[4]) Vgl. die Litteraturangabe bei Heise die Anwendung der §§ 134, 138 B. G. B. auf die abstrakten Rechtsgeschäfte S. 62 f, ferner Erlanger der Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 B. G. B. mit § 817 B. G. B. S. 56, Förster im Recht 1905 S. 356 ff, Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 S. 420, Staudinger Kommentar zum B. G. B. zu § 138, Entscheidung des Reichsgerichts in der Jurist. Wochenschrift 1906 S. 385 und bei Philipp l. c. S. 422, Rechtsprechung der Oberlandesgerichte Bd. 9 16, Sächsisches Archiv Bd. 15 105. Über die teilweise abweichende Rechtsprechung auf dem Gebiete der wucherlichen Geschäfte vgl. S. 64. Sie kommt hier nicht in Betracht.

ren Ansicht dagegen ist der Erwerber Eigentümer der Sache und Inhaber des dinglichen Rechts geworden, und der Veräusserer hat nur nach Massgabe des § 817 B. G. B. einen persönlichen Anspruch auf Rückübertragung. — Dagegen ist der Unterschied im Obligationenrecht ein geringer. Während nach der Nichtigkeitstheorie das abstrakte Rechtsgeschäft nichtig und dieser Mangel von Amtswegen zu berücksichtigen ist, bedarf es nach der 2. Theorie eines besonderen Willensaktes des Schuldners, um den Mangel zur Geltung zu bringen. Das Rechtsgeschäft ist formell giltig und muss erst durch eine auf Wiederaufhebung des Geschäfts und Befreiung von der Verbindlichkeit zu richtende Klage oder durch Einrede entkräftet werden. Der Schuldner ist nicht verpflichtet diesen Mangel geltend zu machen, nur ein vertragsmässiger Verzicht auf die Geltendmachung dieses Mangels ist wegen des zwingenden Charakters der §§ 134, 138 unzulässig. Weiter hat der Schuldner die Klage und Einrede nicht schlechthin, sondern nur nach Massgabe des § 817, und endlich kann der Gläubiger nach der 2. Theorie über sein Recht in giltiger Weise durch Abtretung, Verpfändung usw. verfügen. Letzteres hat im allgemeinen nur die Bedeutung, dass der Schuldner den Erwerber als nunmehrigen Inhaber anerkennen muss. Er behält gemäss § 404 B. G. B. die Einrede[1]) und verliert nur das Recht der Klage[2]). Dies ändert sich aber beim Wechsel. Wird ein solcher durch Indossament übertragen, so bestimmt der Artikel 82 der Wechselordnung, dass dem Schuldner nur solche Einreden gestattet sind, welche aus dem Wechselrecht selbst hervorgehen oder ihm unmittelbar gegen den jedesmaligen Inhaber des Wechsels zustehen. Dieser Artikel wird von der herrschenden Lehre[3]) im Anschluss an § 364 II H. G. B. dahin ausgelegt, dass unter den aus dem Wechselrecht selbst hervorgehenden Einreden alle diejenigen zu verstehen sind, welche die Giltigkeit der Wechselerklärung, den objektiven Bestand der Obligation betreffen. Darnach würde die Nichtigkeitstheorie, wenn man nicht die Verkehrspapiere und insbesondere den Wechsel von ihr ausnimmt, dahin führen, dass ein Verstoss

---

[1]) Anderer Meinung Collatz in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 40 145, 149.

[2]) Im Falle des § 822 B. G. B. behält er auch die condictio.

[3]) Vgl. Staub Kommentar zur Wechselordnung zu Art. 82 mit Citaten, Lehmann in der deutschen Juristenzeitung 1900 S. 169 ff, Oertmann daselbst S. 107.

der causa gegen die §§ 134, 138 dem redlichen Erwerber entgegen gehalten werden könnte. Die gegenteilige Ansicht dagegen gelangt zu dem Resultat, dass der Wechsel formell giltig ist und der Mangel dem redlichen Erwerber gegenüber nicht geltend gemacht werden kann. — In gleicher Weise wird die Streitfrage beim Inhaberpapier gemäss § 796 B. G. B. von Bedeutung. — Diese praktische Bedeutung wird indes dadurch wieder abgeschwächt, dass sich jedenfalls auf dem Gebiet des Wechsels ein Gewohnheitsrecht dahin ausgebildet hat, dass der redliche Erwerber geschützt wird. [1])

Nehmen wir nunmehr zu den beiden Ansichten Stellung, so lässt sich nach Vorstehendem zunächst feststellen, dass der Vorwurf, den Crome[2]) der Theorie der ipso-iure-Giltigkeit macht, sie öffne der Gesetzumgehung Tor und Tür, unbegründet ist. Sie enthält, soweit Rechtsgeschäfte des Obligationenrechts in Frage kommen, im allgemeinen nur insofern eine Abschwächung des Princips der Nichtanerkennung alles Verbots- und Moralwidrigen, als der Mangel nicht von Amtswegen berücksichtigt wird. Praktisch wird dies aber nur in dem seltenen Falle, dass die Klageschrift den Mangel erkennen lässt und der Kläger ein Versäumnisurteil beantragt. Anders liegt es allerdings bei den sachenrechtlichen Geschäften und den Papieren mit öffentlichem Glauben, die in der Hand eines Dritten Kraft gewinnen. Bei ihnen drängt indes — und auch Crome selbst nimmt sie von der Nichtigkeitstheorie aus — gerade ein Verkehrsbedürfnis auf eine möglichste Abstrahierung hin. Je weniger Voraussetzungen der Kläger zur Begründung seiner Klage nachzuweisen hat, desto leichter ist die Geltendmachung des Rechts und desto grösser die Verkehrsfähigkeit [3]).

Ebenso wenig kann dem Vorwurf beigetreten werden, den Collatz[4]) in Übereinstimmung mit dem Lehrbuch von Enneccerus-

---

[1]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 8 S. 97, Canstein Lehrbuch des Wechselrechts 1890 § 27, insbesondere Anm. 41, Wächter, das Wechselrecht 1883 § 117, insbesondere Nr. 7, Staub l. c., Dernburg Das bürgerliche Recht 1901 II 2 § 276 III.

[2]) Vgl. System des deutschen bürgerlichen Rechts Bd. II S. 1000.

[3]) Vgl. Ackermann in Gruchot's Beiträgen Bd. 44 S. 589 ff.

[4]) Vgl. Jhering's Jahrbücher für Dogmatik Bd. 40 S. 142.

Lehmann [1]) der Nichtigkeitstheorie macht, wenn er ausführt, diese Ansicht verkenne, dass das abstrakte Geschäft begrifflich von verbotswidrigen und unsittlichen Momenten, die ausserhalb seines Inhalts liegen, unabhängig sei, weil es eben abstrakt sei. Er setzt hierbei voraus, dass das B. G. B. den Begriff der abstrakten Rechtsgeschäfte voll anerkennt, sodass kein Mangel der causa auf ihre Giltigkeit Einfluss haben kann. Dies ist es aber gerade, was bewiesen werden soll. Schon in den früheren Capiteln ist ausgeführt worden, dass der Charakter eines Rechtsgeschäfts auch von Umständen, die ausserhalb seines eigentlichen Inhalts liegen, beeinflusst werden kann, und es bietet das römische Recht bei der donatio inter virum et uxorem und das B. G. B. in den §§ 518, 656, 762 ff.[2]) einen ausdrücklichen Beleg dafür, dass dies auch von den abstrakten Rechtsgeschäften gilt. Es fragt sich nur, ob diese §§ eine Bestätigung dessen bilden, dass das Gesetz auch sonst sich der Nichtigkeitstheorie angeschlossen hat, oder ob sie Ausnahmebestimmungen enthalten. Für das erstere spricht, dass ein besonderer Grund, gerade in diesen Fällen Nichtigkeit oder Unklagbarkeit eintreten zu lassen, nicht ersichtlich ist. Der Zweck der Bestimmungen wäre auch erreicht worden, wenn diese Geschäfte für ipso iure giltig erklärt und dem Schuldner nur eine condictio und eine exceptio gegeben worden wären[3]).

Andererseits ist aber zuzugeben, dass das B. G. B. im allgemeinen das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte aufgenommen hat. Nach den §§ 812 ff. hat das Fehlen eines giltigen Causalgeschäfts im allgemeinen nur die Bedeutung, dass das abstrakte Rechtsgeschäft durch Klage und Einrede entkräftet werden kann.

Dies ist u. E. ausschlaggebend. Hiernach stehen sich zwei Principien im Gesetz gegenüber, das Princip der Nichtanerkennung alles Verbotswidrigen und Unsittlichen und das der abstrakten Rechtsgeschäfte, letzteres ein Ausfluss der Tendenz der grösstmöglichsten Verkehrsfähigkeit der Rechte. Beide Principien sind unter sich gleichwertig, und es entbehrt jeder Begründung, wenn

---

[1]) Vgl. Bd. I S. 247, 786.

[2]) Vgl. ferner Oertmann in der deutschen Juristenzeitung 1902 S. 108 (§ 302 b St. G. B.) und Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 57 95 (§ 138 II B. G. B.).

[3]) Vgl. von Tuhr Zur Lehre von den abstrakten Schuldverträgen nach dem B. G. B. 1903 S. 17.

Dernburg[1]) die §§ 134, 138 als die principiellen Vorschriften hinstellt. Wenn das B. G. B. bei dieser Sachlage im § 817 von einer »Rückforderung« des Geleisteten und insbesondere einer Verbindlichkeit spricht, so kann dies nur heissen, dass auch bei einem Verstoss der causa gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten das abstrakte Rechtsgeschäft formell giltig sein soll, gleichgiltig, ob es dem Sachenrecht oder dem Obligationenrecht angehört[2]), und dass die abstrakten Rechtsgeschäfte — wenigstens, wenn sie zeitlich nicht mit dem Causalgeschäft zusammenfallen — aus dem Geltungsbereich der §§ 134, 138 ausscheiden.

Zur Begründung dieser unserer Ansicht wird verschiedentlich auch auf das römische Recht zurückgegriffen, und haben wir daher bei der Bedeutung desselben für die Auslegung des heutigen Rechts auch auf dieses einzugehen.

Auch hier sind die Rechtsgeschäfte des Sachenrechts und die des Obligationenrechts zu trennen. Hinsichtlich der ersteren, insbesondere der Eigentumsübertragung spricht der Umstand, dass das römische Recht bei einem Verstosse gegen ein Verbotsgesetz oder die guten Sitten eine condictio gibt[3]), zwingend dafür, dass der Akt der Eigentumsübertragung usw. formell giltig war.[4]) Denn die condictio setzt begrifflich voraus, dass ein giltiger Rechtserwerb vorliegt, der rückgängig gemacht werden soll[5]). Hinsichtlich der Rechtsgeschäfte des Obligationenrechts dagegen gibt auch das römische Recht keine sichere Auskunft.

a. Die verbotswidrige causa behandeln insbesondere l 7 § 16 D 2. 14 und l 5 C 1. 14. Sie lauten:

l 7 § 16 D 2. 14. Et generaliter, quotiens pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet . . . Et si stipulatio sit interposita de his, pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda[6]) (Ulpian).

---

[1]) Vgl. Das bürgerliche Recht II 1 § 90.

[2]) denn für die wenigen Fälle, nach denen der § 817 nach der Nichtigkeitstheorie zur Anwendung kommt, hätte es keiner besonderen Bestimmung bedurft.

[3]) Vgl. Tit. Dig. 12. 5, Tit. Cod. 4. 7 und 4. 9.

[4]) Vgl. Savigny Das Obligationenrecht II § 78 und Puchta Institutionen II § 241 Anm. d. Anderer Meinung Strohal in Jhering's Jahrbüchern Bd. 27 S. 334, 355 ff und auch Dernburg Pandekten I § 213.

[5]) Abgesehen von der condictio possessionis.

[6]) Vgl. über den Ausdruck rescindere Voigt Über die condictiones ob causam und über causa und titulus Note 487.

l 5 C 1, 14. . . . Nullum enim pactum, nullam conventionem, nullum contractum inter eos videri volumus subsecutum, qui contrahunt, lege contrahere prohibente. . . . generaliter imperamus . . ., ut ea, quae lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solum inutilia, sed pro infectis etiam habeantur . . . Sed et si quid fuerit subsecutum ex eo vel ob id, quod interdicente lege factum est, illud quoque cassum atque inutile esse praecipimus.

§ 1. Secundum itaque praedictam regulam, qua ubique non servari factum lege prohibente censuimus, certum est nec stipulationem huiusmodi tenere, nec mandatum ullius esse momenti, nec sacramentum admitti (Theodosius und Valentinian).

Diese Stellen scheinen zusammen mit den für einzelne Fälle, z. B. für die donatio inter virum et uxorem (l 3 § 10, l 5 § 4, l 33 pr, l 39 D 24. 1) gegebenen Bestimmungen, in denen die abstrakte Zuwendung ausdrücklich für nichtig erklärt wird, eine Bestätigung der Nichtigkeitstheorie zu enthalten.

b. Was dagegen die Geschäfte mit unsittlicher causa angeht, so stehen sich hier zwei Gruppen von Stellen gegenüber.

Im Sinne der Nichtigkeitstheorie äussert sich l 123 D 45. 1: Si flagitii faciendi vel facti causa concepta sit stipulatio, ab initio non valet (Papinian), ferner l 26 f D 45. 1 (Ulpian und Pomponius; siehe oben S. 63 Anm. 1) und l 4 C 8. 39 (Diokletian und Maximinian; siehe oben Seite 27 Anm. 1), sowie l 2 C 8. 39: stipulationes quibus poenae irrogarentur ei, qui divortium fecisset, ratas non haberi constat (Alexander).

Demgegenüber scheinen eine formelle Giltigkeit anzunehmen:

l 134 pr D 45. 1, welche hinsichtlich eines Vertrages, laut dessen zwei Personen vereinbart hatten, dass ihre Kinder sich heiraten sollten, und eine Strafe für den Fall festgesetzt war, dass einer von ihnen die Ehe hindere, bestimmt:

. . . ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstiturum (Paulus),

ferner die l 8 D 12. 5:

Si ob turpem causam promiseris Titio, quamvis, si petat, exceptione doli mali vel in factum summovere eum possis, tamen, si solveris, non posse te repetere; quoniam sublata proxima causa stipulationis, quae propter exceptionem inanis esset, pristina causa, id est turpitudo, superesset (Paulus),

die l 1 C 4. 7:

Si ex cautione tua conveniri coeperis, nullam te pecuniam accepisse, sed ob turpem causam, et quam fieri prohibitum est, interpositam cautionem, ei, qui super ea re cogniturus est, probandum est, et eo impleto absolutio sequetur (Antoninus), und die l 4 C 4. 7:

Mercalem te habuisse uxorem proponis; . . . . cautae quantitatis ob turpem causam exactioni locum non esse . . . . ex huiusmodi stipulatione contra bonos mores interposita denegandas esse actiones . . . (Diokletian und Maximian).

Man könnte diesen Widerspruch historisch zu erklären versuchen dahin, dass das generelle Reskript der Kaiser Diokletian und Maximian (l 4 C 8. 39) den Abschluss einer längeren Entwickelung bilde[1]), während Voigt[2]) umgekehrt annimmt, dass die Nichtigkeit der Stipulation das Ursprüngliche gewesen ist. Das Bedürfnis, die — anfangs gegen Mängel der causa völlig unempfindliche — Stipulation gegen eine causa turpis vel iniusta zu schützen, habe sich schon zu einer Zeit geltend gemacht, wo die condictio noch nicht zur Bildung und Anerkennung gelangt sei, und als Mittel habe sich in ihrer Ermangelung nur die Nichtigkeitserklärung dargeboten. Die herrschende Lehre versucht demgegenüber die Stellen inhaltlich in Einklang zu bringen. Hierbei nimmt die eine Richtung an, es handele sich bei der in den Stellen erwähnten exceptio nicht um eine solche im eigentlichen Sinne, sondern um eine Art der Äusserung einer von Anfang an vorhandenen Nichtigkeit. Der Grad der Nichtigkeit sei derselbe, ob die actio versagt oder eine Einrede gegeben werde[3]). Die gegenteilige Ansicht[4]) dagegen führt aus: in denjenigen Stellen, in denen das römische Recht Nichtigkeit eintreten lasse, handele es sich um Stipulationen, bei denen die causa turpis Bestandteil des Stipulationsgeschäftes geworden und (als Bedingung) in die Formel aufgenommen sei. Im übrigen bilde die Stipulation ein

---

[1]) Vgl. dazu Steinbach Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung S. 5.

[2]) Vgl. Über die condictiones ob causam und über causa und titulus S. 616 f.

[3]) Lotmar Der unmoralische Vertrag S. 52, Brinz Lehrbuch der Pandekten IV § 586.

[4]) Vgl. Bähr Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund 3. Aufl. § 25 und § 24 Anm. 5, Oertmann in der Allgem. Österreichischen Gerichtszeitung 1897 Nr. 32 und zu § 817 des Kommentars zum B. G. B.

ipso iure wirksames Versprechen, welches in Geltung sei, bis es zur formalen Auflösung gebracht werde.

Eine Stellungnahme zu diesen Ansichten ist nur möglich, wenn wir auf den Begriff exceptio kurz eingehen. Wir begegnen hier sogleich einer neuen Streitfrage. Während eine Reihe von Schriftstellern annimmt, dass die exceptio lediglich eine historische Eigentümlichkeit des klassischen römischen Processes sei, die auf dem Unterschiede zwischen civilem und prätorischem Recht[1]) oder civiler und prätorischer Verteidigung beruhe und zur Zeit Justinians nach der Verschmelzung der beiden Rechte ihre Bedeutung verloren habe, legt die herrschende Meinung[2]) dem Begriff exceptio neben seiner formellen, in der Eigenart des römischen Processes begründeten Bedeutung eine materielle bei, welche auch noch für das heutige Recht Geltung hat. Sie versteht unter der exceptio ein selbstständiges Gegenrecht des Schuldners, welches den Anspruch des Gläubigers an sich bestehen lässt und nicht von Amtswegen berücksichtigt wird, welches aber den Anspruch des Gläubigers in seiner Wirksamkeit hemmt und bei Geltendmachung desselben seitens des Schuldners zur Abweisung der Klage führt. Diese letztere Ansicht trifft das Richtige. Wäre die exceptio lediglich aus der Rechtsprechung des Prätors hervorgegangen und sie zur Zeit Justinians schon bedeutungslos gewesen, so würde nicht Gaius[3]) lehren, dass ein Teil der Exceptionen dem Civilrecht entstamme: wie auch bei verschiedenen Exceptionen ihre Herkunft aus dem Civilrecht nachweisbar ist[4]), und es würde Justinian nicht diejenigen Stellen, die von dem Begriff der exceptio handeln[5]), in das Corpus Juris aufgenommen haben. Diese Stellen lassen zusammen mit den Ausführungen von Gaius[6]) über das Wesen der exceptio nur die Auslegung zu, dass die Römer unter exceptio ein selbständiges Gegenrecht im obigen Sinne verstanden haben.

---

[1]) Vgl. Brinz Lehrbuch der Pandekten I §§ 105 ff, IV § 586, von Bar im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 52 459, Sohm Institutionen § 40 II, Lenel Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen S. 38 ff, Schlossmann Zur Lehre vom Zwange S. 27 ff.

[2]) Vgl. Dernburg Pandekten I § 137, Arndts Lehrbuch der Pandekten § 101, Windscheid Lehrbuch der Pandekten I § 47 Anm. 1.

[3]) Vgl. Instit. Jur. Civ. IV § 118 und § 121.

[4]) Vgl. Sintenis Civilrecht I § 32 Anm. 14.

[5]) Vgl. z. B. l 1 ff D 44 1.

[6]) Vgl. Instit. Jur. Civ. IV §§ 116, 126.

Zuzugeben ist aber, dass die Quellen das Wort exceptio nicht ausschliesslich in diesem materiellen Sinne gebrauchen[1]), und es ist daher in jedem einzelnen Fall zu untersuchen, in welchem Sinne das Wort gebraucht ist.

Was die hier fragliche exceptio doli angeht, so kann nicht zweifelhaft sein, dass diese im allgemeinen den Charakter eines selbständigen Gegenrechts hat. Abgesehen von der in den römischen Quellen bei der exceptio doli sich findenden eigentümlichen Ausdrucksweise, die hierauf hindeutet,[2]) folgt dies insbesondere daraus, dass das römische Recht im allgemeinen bei den Stipulationen, denen ein Schuldgrund fehlt, dem Schuldner neben der exceptio doli eine condictio gibt, welche — wie schon an anderer Stelle hervorgehoben ist — begrifflich voraussetzt, dass eine giltige Vermögensverschiebung, ein an sich wirksames Forderungsrecht vorliegt[3]).

Hiermit steht aber immer noch nicht fest, dass das Wort exceptio doli gerade auch in unseren Stellen in diesem Sinne gebraucht ist. Es würde nur dann bewiesen sein, wenn gerade auch hier dem Schuldner condictio und exceptio neben einander gegeben wären. Auffallenderweise kommt nun aber, während sonst beim Fehlen des Schuldgrundes überall condictio und exceptio dem Schuldner neben einander zu Gebote stehen, eine condictio stipulationis ob turpem vel iniustam causam in den Quellen nicht

---

[1]) z. B. nicht bei der actio mit einer formula in factum concepta (vgl. Arndts Lehrb. d. Pand. § 101 mit Anm. 1). Manche nehmen ferner an, dass die exceptio S. C. Velleiani nicht im Sinne eines selbständigen Gegenrechts zu verstehen sei (vgl. Gradenwitz Die Ungiltigkeit obligatorischer Rechtsgeschäfte S. 73 ff, 126 ff, 309 ff und dagegen l. 25 § 1 D 16 1, Dernburg Pand I § 137 Anm. 11, II § 84).

[2]) Vgl. l 5 § 1 D 19 1, l 7 § 1 D 44 4 (summoveri exceptione doli), l 7 pr. D 44 4 (potero me tueri exceptione doli mali), l 2 § 3 D 44 4 (exceptio doli mali nocet), l 15 C 8 41, l 7 § 1 D 44 4 (uti doli mali exceptione).

[3]) Vgl. die Ausdrucksweise in l 1 pr. D 12 7, l 76 D 23 3 (condicere obligationem), l 3 D 12 7 (condictione consequi, ut liberentur, condictione agitur, ut liberetur und ut exoneretur), l 1 C 2 5, l 1 D 36 4, l 5 § 1 D 19 1, l 24 D 12 6 (condicere liberationem und ut liberetur), l 7 pr D 44 4 (condictio, ut me liberet), l 76 D 23 3 (remittitur obligatio per condictionem), l 3 D 12 7 (condictione consequi, ut accepto fiat), l 15 C 8 41 (condicere, ut obligatio accepto feratur), l 2 § 3 und § 4 D 39 5, l 7 § 1 D 44 4 (compellam condictione stipulatorem und consequar, ut mihi acceptum faciat stipulationem).

vor[1]). Damit bleibt also die Möglichkeit bestehen, dass die exceptio in unseren Stellen lediglich eine Einwendung im Sinne des Vorbringens einer von Anfang an bestehenden Nichtigkeit bedeutet. Dafür, dass die exceptio hier diese Bedeutung hat, spricht auch, dass die l 123 D 45. 1 und die l 134 pr D 45. 1 sich sonst nicht erklären lassen. In der letzteren Stelle wird nur eine exceptio gegeben, obwohl der Inhalt der Stipulation selbst ein unsittlicher ist (»poena adiecta, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset«), während umgekehrt die l 123 D 45. 1 sogar bei einem Versprechen, welches zur Belohnung für die Begehung eines bereits geschehenen Verbrechens eingegangen wird (»flagitii . . . . facti causa concepta sit stipulatio«), Nichtigkeit eintreten lässt. Dafür, dass die causa im Gegensatz zum ersteren Falle hier in die Stipulationsformel aufgenommen war, wie Bähr und Oertmann annehmen, liegt nichts vor, und es erscheint nach der Sachlage sogar wahrscheinlich, dass umgekehrt im ersteren Falle die causa, welche die Bedingung des Versprechens bildete, in die Stipulationsformel aufgenommen war, während im letzteren Falle ein Grund zur Aufnahme in die Formel nicht bestand (das Verbrechen war bereits begangen). Einer historischen Erklärung des Widerspruches aber steht entgegen, dass die im Sinne einer formellen Giltigkeit lautenden Stellen ohne irgend eine Bemerkung in das Corpus Juris aufgenommen worden sind. Hätte zeitweise eine Meinungsverschiedenheit geherrscht, so würde dies erwähnt und dabei bemerkt worden sein, dass der Streit im Sinne der einen oder anderen Ansicht entschieden sei, oder es wären die Stellen, die sich im Sinne der verworfenen Ansicht äusserten, überhaupt nicht in das Corpus Juris aufgenommen worden. Hiernach liegt die Annahme nahe, dass die Römer nicht bloss bei den Stipulationen mit verbotswidriger, sondern auch bei denen mit unsittlicher causa überall Ungiltigkeit eintreten liessen, und dass die in einzelnen Fällen gegebene exceptio doli keine Einrede im eigentlichen Sinne, sondern eine Äusserung einer von Anfang an bestehenden Ungiltigkeit ist. Es kommt noch hinzu, dass der abstrakte Charakter der Stipulation in der spätklassischen Zeit mehr oder weniger ganz verloren ging und dies gerade auf Antoninus und Paulus, von denen

[1]) Vgl. Salpius Novation und Delegation nach römischem Recht 1864 S. 289.

die auf eine formelle Giltigkeit deutenden Stellen l 134 pr D 45. 1, l 8 D 12. 5 und l 1 C 4. 7 herrühren, zurückzuführen ist.[1])

Jedenfalls aber lässt sich das römische Recht zur Begründung unseres früher gewonnenen Resultates nicht verwerten.

Das Resultat des Bisherigen lässt sich dahin zusammenfassen, dass bei zeitlichem Auseinanderfallen des causalen und abstrakten Geschäfts die Wirkungen des letzteren — gleichgiltig, ob es dem Sachenrecht oder Obligationenrecht angehört —, solange zu Recht bestehen, bis die Zuwendung durch Rückübertragung des Eigentums, Rückcession des abgetretenen dinglichen oder obligatorischen Rechts oder Erlass desselben mit Wirkung ex nunc rückgängig gemacht ist. Neben dem Anspruch auf Rückgängigmachung hat der Zuwendende eine Einrede, gleichgiltig, ob es sich um einen obligatorischen Anspruch handelt, dessen Wesen sich in dem Anspruch auf eine Leistung erschöpft, oder um eine sachenrechtliche Zuwendung, deren Wirkung in der Schaffung eines dinglichen Zustandes besteht, und bei der die Einrede nicht diesen dinglichen Zustand in seiner Gesamtheit, sondern nur eine seiner Wirkungen (z. B. bei einer Eigentumsübertragung durch constitutum possessorium die Eigentumsklage) illusorisch macht. Die Bedeutung dieser Einrede ist nach dem B. G. B., welches nach Vorstehendem den Begriff der abstrakten Rechtsgeschäfte streng durchführt, lediglich eine abwehrende,[2]) und es besteht daher, auch nachdem die Einrede geltend gemacht ist, die Zuwendung weiter zu Recht, sodass der Zuwendungsempfänger rechtsgiltig auch fernerhin über das Eigentum oder das dingliche oder obligatorische Recht verfügen kann.

b.

Gehen wir nunmehr zu der zweiten Gruppe von Fällen über, bei welcher das Causalgeschäft (z. B. ein Kaufvertrag) und die

---

[1]) Vgl. l 3 C 4 30 (Antoninus) und l 25 § 4 D 22 3 (Paulus), sowie Dernburg Pandekten II § 22 I b und Anm. 6.

[2]) Vgl. an abweichenden Konstruktionen im gemeinen Recht Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts I §§ 47, 82 unter Berufung auf l 20 § 3 D 40 12 („si exceptione se tueri ... potest, ... dicendum non esse obligatum), Wächter Württ. Privatrecht II S. 653 ff und Mitteis in Jhering's Jahrbüchern für Dogmatik Bd. 28 Nr. 3.

abstrakte Zuwendung (z. B. die Übergabe der Ware und die Ausstellung eines Wechsels über den Kaufpreis) zeitlich zusammen treffen, so fragt es sich, ob hier nicht anzunehmen ist, dass die Pateien gewollt haben, die Giltigkeit der Zuwendung solle durch die Giltigkeit der causa bedingt und der abstrakte Charakter des Geschäfts insofern ausgeschlossen sein. Insbesondere führt das Reichsgericht, welches — abgesehen von den auf dem Gebiete des Wuchers liegenden Entscheidungen (vgl. S. 64) — die ipso-iure-Giltigkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte bejaht[1]), in einer Entscheidung[2]) aus:

Rechtsbegrifflich bestehe keine Abhängigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts von dem Causalgeschäfte, aber der Parteiwille könne eine solche Abhängigkeit schaffen, und häufig, insbesondere gewöhnlich bei gleichzeitigem Abschlusse sei eine solche Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit gewollt.

Dem kann aber nicht beigetreten werden. Soweit die Abhängigkeit nicht ausdrücklich zur Bedingung der Zuwendung erhoben ist, werden sich die Handelnden kaum jemals darüber klar werden, wie auch schon an anderer Stelle hervorgehoben ist, ob sie eine Abhängigkeit in Gestalt der Bedingtheit schaffen wollen, oder ob das abstrakte Rechtsgeschäft vorbehaltlich etwaiger Rückforderungsansprüche von der causa unabhängig sein soll. Der Parteiwille geht höchstens dahin, dass z. B. beim Kauf der Käufer die Sache »haben« soll, d. h. dass er Eigentümer werden soll. Darüber aber, ob das Eigentum mit dem Kauf oder mit der Übergabe übergehen soll, machen sich die Parteien schon meist keine Vorstellung mehr[3]) und erst recht nicht darüber, ob der Eigentumsübergang durch die Giltigkeit des Kaufs bedingt sein soll. Ebenso liegt es beim abstrakten Schuldversprechen und vor allem beim Wechsel. Die Parteien werden sich in der Regel

---

[1]) Vgl. z. B. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 63 S. 179 ff, deutsche Juristenzeitung 1906 S. 762.

[2]) Vgl. Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 57 95 ff.

[3]) Darauf, dass in diesen Fragen der Parteiwille versagt, ist es z. B. zurückzuführen, dass das französische Recht das Eigentum schon mit dem Kauf und das deutsche Recht dasselbe erst mit der Übergabe übergehen lassen kann. Würden die Parteien sich über diese Frage schlüssig und die Frage dem Willen der Parteien entsprechend geregelt werden, so müssten beide Rechtsordnungen zu demselben Resultat kommen.

nur bewusst, dass der Empfänger dadurch eine besonders sichere Rechtsstellung erhält, über die Art der Abhängigkeit werden sie sich aber nicht schlüssig. Die Entscheidung kann daher nicht von dem Willen der Parteien als solchem abhängig gemacht werden, sondern nur davon, wie ihre Erklärung objektiv auszulegen ist, was als gewollt erscheint. Dieser objektive Inhalt aber wird durch den mehr oder weniger zufälligen Umstand des zeitlichen Zusammentreffens nicht beeinflusst, er hängt vielmehr davon ab, welcher der von der Rechtsordnung aufgestellten Typen das Rechtsgeschäft angehört. Den für diese Type getroffenen Bestimmungen über die Art der Abhängigkeit unterwerfen sich die Parteien. Das B. G. B. hat nun, wie oben dargelegt ist, das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte einheitlich geregelt und macht keine Ausnahme bei einem zeitlichen Zusammentreffen mit dem Causalgeschäft. Steht demnach im Einzelfalle fest, dass ein abstraktes Rechtsgeschäft vorliegt, so ist dieses in gleicher Weise wie bei einem zeitlichen Auseinanderfallen ipso iure giltig.

Schluss.

Während den gesetzlichen Verboten und insbesondere den guten Sitten bei der Entstehung der Rechtsgeschäfte die weitgehendste Einwirkung eingeräumt wird, ist es eine auffallende Erscheinung, dass nach einer u. a. von Planck[1]) vertretenen Ansicht einer gegen die guten Sitten verstossenden Ausübung eines rechtsgiltig erworbenen Rechtes keine Schranken gesetzt sein sollen. Diese soll vielmehr ausschliesslich der Bestimmung des § 226 B. G. B. unterstellt sein, nach welcher die Ausübung eines Rechts dann unzulässig ist, wenn sie nur den Zweck haben kann, einem andern Schaden zuzufügen. Wäre diese Ansicht richtig, so würde einer gegen die guten Sitten verstossenden Ausübung Tor und Tür geöffnet sein, denn man braucht nur einen Blick in die Kommentare zum B. G. B. und die Entscheidungssammlungen zu werfen, um zu sehen, eine wie enge Auslegung der § 226 gefunden hat. Die herrschende Lehre[2]) tritt dem daher mit Recht entgegen. Die Handhabe zur Verhinderung von Verstössen gegen die guten Sitten bei der Rechtsausübung bietet die exceptio doli, welche jedenfalls unter den Voraussetzungen des § 826 B. G. B. noch heute in Geltung ist. Dieser lautet:

> Wer in einer gegen die guten Sitten verstossenden Weise einem Anderen vorsätzlich einen Schaden zufügt, ist dem Anderen zum Ersatze des Schadens verpflichtet.

Planck nimmt an, dass der § 226 dieser Bestimmung gegenüber eine lex specialis bildet, und dass daher die Rechtsausübungshandlungen aus dem Geltungsgebiete des § 826 ausscheiden. Hierfür fehlt es aber an jedem Anhaltspunkt. Näher liegt die Auffassung, dass das Gesetz im allgemeinen die Entscheidung der Frage, ob eine Rechtsausübung unzulässig ist, nach Massgabe des § 826 dem Ermessen des Richters überlässt und ihm eine Berücksichtigung

[1]) Vgl. Kommentar zum B. G. B. zu § 226.

[2]) Vgl. Oertmann in der deutschen Juristenzeitung 1903 S. 325 ff mit Citaten, Entsch. des Reichsgerichts in Civilsachen Bd. 48 S. 124.

eines Verstosses gegen die guten Sitten auch nur auf Anrufen des Benachteiligten gestattet, und dass es nur einen besonders krassen Fall im § 226 selbst regelt und bei ihm wegen der Schwere des Verstosses eine Berücksichtigung desselben auch von Amtswegen verlangt[1]). Hierfür spricht auch, dass im gemeinen Recht eine ähnliche Rechtslage bestand. Auch hier wurde dem Schuldner nicht bloss ein Schutz auf Grund der dem § 226 entsprechenden Bestimmungen gewährt, sondern er konnte sich auch auf die exceptio doli generalis berufen[2]) [3]). —

Welche Grenzen hiernach dem Rechtserwerb und der Rechtsausübung gezogen sind, versteht man erst richtig zu würdigen, wenn man erwägt, wie eng verwandt das sittliche Volksbewusstsein mit dem Rechts- und Gerechtigkeitsgefühl ist. Die §§ 138 und 826 unterwerfen den gesamten Rechtsverkehr, den Rechtserwerb und die Rechtsausübung, einer ständigen Kontrolle auf Grund des jeweiligen Rechtsgefühls und sorgen dafür, dass die Rechtsprechung mit dem Rechtsgefühl in Einklang steht. Aufgabe des Richters aber ist es, diese Übereinstimmung ständig zu vermitteln. Er bildet das unmittelbare Organ für die Erkenntnis und den Ausdruck der Entwickelung des Rechtsgefühls und ist berufen, einer gesunden Rechtsentwickelung die Wege zu ebnen.

---

[1]) Vgl. über die verschiedenen Versuche einer Begründung der Anwendbarkeit des § 826 neben § 226 Oertmann l. c.

[2]) Vgl. Dernburg Pandekten I §§ 47, 138, Hänel im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 12 408 ff, Seuffer's Archiv Bd. 5 2, 6 290, 9 32, 10 222; anderer Meinung Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts I § 47 Anm. 7.

[3]) Über einen interessanten Fall der Anwendbarkeit berichtet Philipp in der Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1905 S. 382 ff, 420 ff. Wenn eine für den Kaufpreis für ein Bordell bestellte Hypothek nach Landesrecht wegen des Verstosses des Kaufes gegen die guten Sitten nichtig ist, so kann der Verkäufer sich der Löschungsklage gegenüber auf § 826 berufen, und es ist der Klage nur stattgegeben, wenn der Käufer sich erbietet, das Immobil wieder herauszugeben, obwohl der Verkäufer auf Rückgabe des Immobils keinen Anspruch hat (§ 817 B. G. B.; vgl. über das Verhältnis zwischen § 812 und § 817 B. G. B. Hartmann im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 21 S. 224 ff). In anderen Fällen (z. B. wenn ein Wucherer ein Haus unter dem Werte gekauft hat und, auf Rückgabe belangt, seinerseits den von ihm gezahlten Kaufpreis erstattet haben will) schlägt schon der Gesichtspunkt durch, dass sich hier im Gegensatz zu dem ersterwähnten Falle der Anspruch des Bewucherten als ein solcher aus ungerechtfertigter Bereicherung darstellt. Er kann also nur die Bereicherung heraus verlangen, und diese besteht in dem Immobil nach Abzug des vom Wucherer Geleisteten.